

# İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 82 Sayı Number 1 Yıl Year 2024 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

## ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL  
ÜNİVERSİTESİ  
YAYINEVİ



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 82, Sayı 1, 2024

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



### **Dizinler / Indexing and Abstracting**

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD



**Sahibi / Owner**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

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

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

Prof. Dr. Halil AKKANAT

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

**Yazışma Adresi / Correspondence Address**

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130

E-mail: [ilr@istanbul.edu.tr](mailto:ilr@istanbul.edu.tr) / [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr)

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

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

**Yayıncı / Publisher**

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

**Baskı / Printed by**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: +90 (212) 269 30 00

**Sertifika No:** 20179

Basımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

*Authors bear responsibility for the content of their published articles.*

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.

*The publication languages of the journal are Turkish and English.*

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

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



**DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD**

**Baş Editörler / Editors-in-Chief**

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

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

**Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief**

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

**Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants**

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [aoszoy96@istanbul.edu.tr](mailto:aoszoy96@istanbul.edu.tr)

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

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

Arş. Gör. Kardelen YİĞİTBAŞI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr](mailto:kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr)

**Dil Editörleri / Language Editors**

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

**YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD**

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye  
- [buz@bilkent.edu.tr](mailto:buz@bilkent.edu.tr)

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

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

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

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

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

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

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

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

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

*Araştırma makalesi/Research article*

**19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Modernleşme, İktibas ve Dönüşüm: Konkordatonun Türk Hukukuna Girişi**

Modernity, Reception, and Transformation in 19th-Century Ottoman Law:  
Transplantation of Concordat into Turkish Legal History..... 1

Ali Ekber Çınar

*Araştırma makalesi/Research article*

**Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi**

The Connection Reasons for Deprivation of Inheritance and Removal from  
Inheritance Have With Presumption of Innocence ..... 47

Bariş Demirsatan

*Araştırma makalesi/Research article*

**Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler**

Reviews on the Characteristic of the Liability for Tort Through Fault of a  
Minor Possessing the Capacity of Judgment..... 77

Hülya Atlan Gürer

*Araştırma makalesi/Research article*

**An Appraisal of the Extent of Business Interruption Insurance Coverage in the Context of the Covid-19 Pandemic .....**

105

Melda Taşkın

*Araştırma makalesi/Research article*

**Vekilin Vekalet Verene Karşı Hesap Verme Yükümlülüğü**

Agent's Accountability to the Principal..... 129

Necati Şükrü Bayramoğlu

*Araştırma makalesi/Research article*

**Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü ve Karar Verme Süreci Ekseninde  
Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar**

Psychological Approaches to Mediation Along the Axis of Conflict  
Management, Conflict Resolution, and Decision-Making Process..... 163

Seda Özmumcu

*Araştırma makalesi/Research article*

**Kaptanın Davada Temsil Yetkisini Düzenleyen TTK m. 1104 Hükmüne Eleştirel Bir Yaklaşım  
A Critical Approach to Article 1104 of the Turkish Commercial  
Code Regulating a Shipmaster's Representation Authority in Court..... 207**

Yasin Yavşan

**KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW**

*Araştırma makalesi/Research article*

**İdari Uyuşmazlıklarda Tarafların Kişilik veya Niteliklerinin Değişmesi Hallerinin Kapsam ve  
Sonuçlarının İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi**

Evaluating the Scope and Consequences of Substituting Party Qualities or Status in  
Administrative Disputes in Terms of the Principles Governing  
Administrative Procedural Law ..... 233

Cihan Yüzbaşıoğlu

*Araştırma makalesi/Research article*

**Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Katılanın Sanık Lehine Faaliyette Bulunması  
Participant Activities in Favor of the Accused in Turkish and  
German Criminal Procedural Law..... 279**

Hüsni Sefa Eryıldız

*Araştırma makalesi/Research article*

**Hürriyet, Hükümet, Millet ve Memleket: Hukukçu Gözüyle Nâzım Hikmet**

Freedom, Power, People, and Territory: Nâzım Hikmet from the  
Perspective of a Jurist..... 313

Tolga Şirin

## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin gururu, köklü geleneği ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuasının 2024/1 sayısını siz okurlarımız için hazır etmiş ve 2024 yılının ilk sayısını tamamlamış olmaktan büyük bir kıvanç duyuyoruz.

2024 yılının ortasına doğru yaklaşırken, hukuk dünyasının gündemini oluşturan birçok alanda siz değerli okurlarımızın yine kapsamlı ve nitelikli makalelerle karşındayız. Bizler “mecmua” ekibi olarak, hukukun her alanından gündemleri sizlere en doğru ve en güncel şekilde aktarmak için büyük bir özen göstermekteyiz. 2024 yılında da aynı titizlikle çalışmalarımıza devam edeceğiz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli on farklı makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk-kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, önceki sayımızdaki makale sayısı ile uyumlu olarak kamu hukuku alanında üç; özel hukuk alanında yedi makale ile yayına çıkmaktadır.

Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; mağdur haklarının gelişimi ile birlikte gittikçe daha fazla tartışma konusu haline gelen mağdur ve ceza yargılamasına katılma kurumu özgün bir boyutuyla Türk ve Alman Ceza Muhakemesi karşılaştırılarak sanık lehine faaliyetler açısından değerlendirilmiştir. “İdari Uyuşmazlıklarda Tarafların Kişilik veya Niteliklerinin Değişmesi Hallerinin Kapsam ve Sonuçlarının İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı makalede ise İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 26 ele alınmış, uygulamadaki sorunlar ışığında değerlendirmeler yapılmıştır. Kamu hukukuna dâhil son makalede ise, Türk edebiyat ve siyasetinin önemli figürlerinden olan Nazım Hikmet Ran’ın eserlerindeki devlet teorisi ve siyaset bilimine ilişkin iktidar, ülke, halk kavramlarının izi sürülerek hukukçu bakış açısıyla incelenmiştir.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde; ilk olarak sayımızda ayırt etme gücüne sahip küçüğün kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna özgü bazı değerlendirmelerin yer aldığı kişiler ve borçlar hukuku başta olmak üzere medeni hukukun tüm alanlarıyla ilişkili bir çalışma yerini almıştır. Buna ek olarak birçok uyuşmazlık bakımından zorunlu hale getirilmiş olan arabuluculuğun psikoloji bilimiyle de ilişkisinin ortaya konulduğu “Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü ve Karar Verme Süreci Ekseninde Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar” başlıklı hem hukukçuları hem de özellikle psikologları ilgilendiren kayda değer bir çalışma gözler önüne serilmektedir. Ayrıca, vekilin vekâlet verene karşı hesap verme yükümlülüğünün kapsamının, yerine getirilme zamanı ile şeklinin ve bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonuçlarının kapsamlı olarak değerlendirildiği bir makaleye de yer verilmiştir.



İngilizce olarak kaleme alınmış başka bir makalede, mahkeme kararları ile sigorta genel şartlarındaki esaslar doğrultusunda Covid-19 pandemisinden ve pandemiye bağlı kısıtlamalardan kaynaklanan iş durması zararları bakımından iş durması sigortası ile sağlanan teminatın kapsamı incelenmiştir. Yine “Kaptanın Davada Temsil Yetkisini Düzenleyen TTK m. 1104 Hükümüne Eleştirel Bir Yaklaşım” başlıklı bir diğer makale ise, kaptanın donatan adına dava açma yetkisi ile geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı açılan davada kaptanın temsil yetkisini konu edinmektedir. Özel hukuk alanındaki bir diğer makalede ise, uygulama alanı ve ekonomiye de etkisi ile çok güncel bir konu olan konkordato kurumu, tarihi bir perspektiften ele alınmış ve Türk hukukuna girişi ile gelişimi irdelenmiştir. Son olarak özel hukuk başlığı altında, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebeplerinin masumiyet karinesi ile ilişkisini inceleyen bir diğer önemli makale de bu sayımızda yerini almıştır.

Oldukça sıkı yürütülen hakem değerlendirme süreci, dergimize önemli bir ayırt edicilik kazandırmaktadır. Yürütülen bu hassas süreç, yayımlanma süreleri noktasında uzamaya sebebiyet verse de daha nitelikli makalelerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte hakem süreçlerinin hızlandırılması ve güncel gelişmelere yönelik makalelerin daha çabuk yayıma hazır hale getirilmesi için de dergi politikalarımızda da birtakım yeniliklere gidilmeye devam edilmekte; sürecin hızlandırılması için çalışmalar yapılmaktadır. Böylece siz okurlarımızın ve dergimize katkı sunmak isteyen başvuru sahiplerinin beklentilerinin daha iyi karşılanacağı düşünülmüştür.

İstanbul Hukuk Mecmuası, her zaman olduğu gibi, hukuk alanındaki birikime bir katkı sunmayı amaçlamaktadır. Bu yolda, siz değerli okuyucularımızın geri bildirimleri ve önerileri bizler için büyük önem taşımaktadır. Sizlerden gelen her türlü görüş ve öneriyi dikkatle değerlendiriyor, dergimizi sürekli olarak daha ileriye taşımak için çalışıyoruz.

Mecmuamızın yayımlanmasında editör ekibinin dikkate değer emeğiyle Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek tekraren ve özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine değerli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, dergimizin başarısının en önemli etmenleridir. Tüm katkı sahiplerine hassaten şükranlarımızı sunar, 2024 yılının bu ilk sayısının da başta hukuk camiası olmak üzere tüm meraklılarına faydalı olmasını dileriz.

**İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri**

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





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 30.10.2022  
Revizyon Talebi: 03.04.2024  
Son Revizyon Tarihi: 14.04.2024  
Kabul: 19.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## 19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Modernleşme, İktibas ve Dönüşüm: Konkordatonun Türk Hukukuna Girişi\*

Ali Ekber Cinar<sup>\*</sup>

### Öz

19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Modernleşmenin en belirgin yönlerinden birini oluşturan kanunlaştırmanın önemli bir örneğini 1850 tarihli Kânûnnâme-i Ticâret oluşturmaktadır. Fransız hukukundan iktibas edilen bu kanunnamenin mehzasını 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu oluşturmaktadır. Literatürde ileri sürülen görüşler genellikle kanunnamenin mehz kanunun bir tercümesinden ibaret olduğu yönündedir. Çalışmamızda özelde 1850 tarihli Kânûnnâme-i Ticâret ile 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu arasındaki ilişkiyi, genelde 19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesini, günümüzde hala güncelliğini koruyan ve kullanımı yaygın şekilde devam eden konkordato müessesesi üzerinden okumaktadır. Çalışmamız mehz kanunun konkordatoya ilişkin hükümleri iktibas edilirken Osmanlı kanun koyucusunun söz konusu hükümler üzerinde esaslı ölçüde değişiklikler yaptığını, mehz kanunda bulunan bazı hükümleri iktibas etmezken, mehzada yer almayan bazı hükümleri de kendiliğinden ilave ettiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda konkordatoya ilişkin hükümler özelinde Osmanlı kanun koyucusunun iktibas sürecinde “aktif iktibas” olarak adlandırdığımız bir tavır tuttuğunu söylemek mümkündür. Buna göre 1850 tarihli Kânûnnâme-i Ticâret’te yer alan konkordatoya ilişkin her üç hükümden en az bir tanesi Osmanlı kanun koyucusunun inisiyatifi ile sevk edilmiştir. Bu nedenle 1850 tarihli Kânûnnâme-i Ticâret’in 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’nun aynen tercümesinden ibaret olduğu iddiasına ihtiyatlı yaklaşmak gerektiği gibi, Osmanlı hukuk modernleşmesi ve hukuk iktibas sürecinde Osmanlı kanun koyucusunun oldukça seçici ve mehzaya müdahale edici olduğunu söylemek mümkündür.

### Anahtar Kelimeler

Konkordato, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret, 1807 Fransız Ticaret Kanunu, modernleşme, iktibas, Osmanlı Devleti, Osmanlı hukuku

## Modernity, Reception, and Transformation in 19th-Century Ottoman Law: Transplantation of Concordat into Turkish Legal History

### Abstract

The 19th century was a watershed for the modernization of Ottoman law. The codifications and transplantations of the 19th century included Kânûnnâme-i Ticâret (1850), a commercial code transplanted from French law, more specifically Code de commerce (1807). The dominant view in the scholarly literature considers Kânûnnâme-i Ticâret to be a literal translation of France’s Code de commerce. In this paper, I revisit this view and examine (i) the relationship between Kânûnnâme-i Ticâret and Code de commerce and (ii) the modernization of Ottoman law in the 19th century, with a specific focus on the legal procedure known as concordat. I claim that Kânûnnâme-i Ticâret differed from Code de commerce in significant ways through the many additions, deletions, and modifications the Ottomans made, and my examination demonstrates that approximately a third of the articles present in Kânûnnâme-i Ticâret have no equivalent in Code de commerce. As a result, I argue that the Ottoman legislator did not hesitate to go beyond merely transplanting European

\*Çalışmanın çeşitli sayfalarındaki değerli yorum ve katkıları için (merhum) Zafer Toprak, Muhammed Sulu, Veysel Şimşek ve İstanbul Hukuk Mecmuası'nın anonim hakemlerine teşekkür ederim.

\* Sorumlu Yazar: Ali Ekber Cinar (Doktora öğrencisi), McGill Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Montreal, Kanada. E-mail: ali.cinar@mail.mcgill.ca  
ORCID: 0000-0002-6404-9271

Atf: Cinar AE, “19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Modernleşme, İktibas ve Dönüşüm: Konkordatonun Türk Hukukuna Girişi” (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.001>



ideas and ideals, taking the local context into consideration throughout the process of modernization and reception in the Ottoman Empire during the 19th century.

**Keywords**

Concordat, Ottoman Commercial Code (1850), French Commercial Code (1807), modernization, reception, Ottoman Empire, Ottoman law

### *Extended Summary*

The 19th century was a watershed for the Muslim world, and the Ottoman Empire was no less affected by the drastic transformation and modernization prevailing in the region. One of the most important aspects of Ottoman modernization was the codification of various laws in various fields, an important example of which was *Kânûnnâme-i Ticâret*, a commercial code adopted in 1850.

The preamble of *Kânûnnâme-i Ticâret* clearly demonstrates that it was transplanted from French law as an adaptation of Code de commerce, the French commercial code enacted in 1807. The nature of this transplantation, however, has so far remained ambiguous, with most researchers having claimed *Kânûnnâme-i Ticâret* to be only a literal translation of Code de commerce.

In this paper, I challenge this claim and argue that, while *Kânûnnâme-i Ticâret* was evidently transplanted from Code de commerce, the Ottoman Empire acted in a highly fastidious, intervenient, and selective manner during the transplantation, as demonstrated by my examination of the legal procedure known as concordat.<sup>2</sup> As a procedure visibly transplanted from French law, concordat was introduced to Ottoman legal history for the first time in 1850 through the third book of *Kânûnnâme-i Ticâret*.

To explore whether *Kânûnnâme-i Ticâret* was indeed a literal translation of Code de commerce, I study concordat as a case study and comparatively examine the pertinent chapters in both texts (i.e., Articles 211-248 in *Kânûnnâme-i Ticâret* and Articles 519-526 in Code de commerce). My examination demonstrates that the two texts differ one from another significantly in both form and content. For instance, the individual articles in Code de commerce are relatively longer, while those in *Kânûnnâme-i Ticâret* are much shorter. Similarly, the chapter headings and subheadings do not always match. In terms of content, I see three different ways through which *Kânûnnâme-i Ticâret* diverged from Code de commerce. First, some articles were modified by additions and deletions during the transplantation. Second, a number of articles were left un-transplanted and hence did not become part of *Kânûnnâme-i Ticâret*. Third, numerous new articles were added throughout the text, leading to many passages that do not appear in Code de commerce.

---

<sup>1</sup> Concordat is an agreement between a debtor and creditors, giving the former extra time to pay a debt in order to prevent bankruptcy. This term is not to be confused with the formal agreements between the Roman Catholic Church and a particular country on religious matters or the Concordat of 1801 between Pope Pius VII and Napoleon Bonaparte.

By the same token, based on a comparative reading of the two texts, I discuss several points regarding the transplantation of Kânûnnâme-i Ticâret in particular and Ottoman modernization in general. More specifically, I try to quantitatively compare the articles relating to concordat in both texts, namely Chapter 6 (*altıncı bâb*) of Kânûnnâme-i Ticâret and Chapter 8 (*chapitre VIII*) of Code de commerce. The comparison demonstrates that Chapter 6 of Kânûnnâme-i Ticâret includes 38 articles, 2,452 words, and 19,115 characters. However, Chapter 8 of Code de commerce is overall shorter, as it comprises no more than 18 articles, 856 words, and 5,430 characters. Although it goes without saying that the two texts are in two different languages (i.e., Turkish and French), I still believe that the difference in length already casts new light on how Kânûnnâme-i Ticâret was transplanted. Given that the formal comparison might seem insufficient for drawing conclusions, I have also compared the contents of both texts to further crystallize the differences. By comparatively examining the two texts, I have identified the articles that appear in both text either fully and partially, as well as those that do not appear. My examination has revealed that 65.78% of the articles, 66.19% of the words, and 65.89% of the characters in Kânûnnâme-i Ticâret have an equivalent with a close or similar meaning in Code de commerce. In other words, 34.21% of the articles, 33.80% of the words, and 34.10% of the characters are unique to Kânûnnâme-i Ticâret and thus have no equivalent in Code de commerce, indicating the Ottoman Empire was highly selective during the transplantation, for approximately a third of the rules regarding concordat was created and introduced by Ottomans. As a result, I take issue with the dominant view in the literature that Kânûnnâme-i Ticâret consists merely of a literal translation of Code de commerce. I also argue that, as demonstrated in the example of concordat, the 19th-century modernization of Ottoman law was a process where Ottomans did not hesitate to go beyond merely transplanting European ideas and ideals, taking the local context into consideration. I believe that further studies exploring other parts of Kânûnnâme-i Ticâret and examining legal practice will allow for better understanding of the dynamics of the Ottoman Empire's modernization agenda and for drawing a more cogent picture of the 19th-century modernization of Ottoman law.

## 19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Modernleşme, İktibas ve Dönüşüm: Konkordatonun Türk Hukukuna Girişi

### 1. Giriş

19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesi bakımından müstesna bir yere sahiptir. Sened-i İttifak (1808), Gülhâne Hatt-ı Hümayûnu (1839), Islahat Fermanı (1856), Kânûn-ı Esâsî (1876) gibi çok sayıda önemli siyasî ve hukukî metnin ortaya koyulduğu bu yüzyılda, modernleşmenin etkisiyle Osmanlı hukukuna giren en önemli olgulardan bir tanesi de kanunlaştırma hareketleridir. Siyasî ve hukukî iktidarın hukuku yeniden şekillendirmesi için elverişli bir vasıta teşkil eden kanunlaştırma, aynı zamanda gelenekten kopuş anlamına gelmektedir.<sup>2</sup> Cezâ Kânûnnâme-i Hümayûnu (1840), Arazi Kânûnnâme-i Hümayûnu (1858), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (1868-1876) gibi bazıları Batı menşeli kanunlara, diğerleri ise İslam hukukunun klasik kaynaklarına dayanan bu düzenlemelere ticaret hukuku alanında da ihtiyaç duyulmuş ve ilk kez 1840 yılında Fransız kanununa dayanan bir ticaret kanunu hazırlanması Koca Mustafa Reşit Paşa tarafından gündeme getirilmiştir. Hazırlanan taslağın İslam hukukuna uygunluğu noktasında alevlenen tartışmalar, ancak Reşit Paşa'nın 1841 senesinde azli sonrasında dinebilmiştir.<sup>3</sup> Ancak suyun akış yönü değişmemiş, Reşit Paşa'nın azlinden yaklaşık on sene sonra, 1850 senesinde Kânûnnâme-i Ticâret yürürlüğe konmuştur.<sup>4</sup>

Bu çalışmada 19. yüzyıl Osmanlı hukuk reformu, Osmanlı modernleşmesi, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in bu süreçteki rolü ve Osmanlı kanun koyucusunun izlediği tutum, günümüzde de güncelliğini koruyan ve uygulaması artarak devam eden konkordato<sup>5</sup> kurumu üzerinden incelenecektir.

<sup>2</sup> Wael B Hallaq, 'Can the Shari'a Be Restored?' içinde Yvonne Yazbeck Haddad ve Barbara Freyer Stowasser (editör), *Islamic law and the challenges of modernity* (AltaMira Press 2004) 22–23; keza bkz. *An Introduction to Islamic Law* (Cambridge University Press 2009) 165. Kanunlaştırma hakkında ayrıca bkz. Guy Burak, 'Codification, Legal Borrowing and the Localization of "Islamic Law"' içinde Khaled Abou El Fadl, Ahmad Atif Ahmad ve Said Fares Hassan (editör), *Routledge Handbook of Islamic Law* (Routledge 2019). Ticaret mahkemelerinin 19. yüzyılda bir toplumsal kontrol aracı olarak rolü için bkz. Mustafa İnce, 'Modernleşme sürecinde toplumsal kontrol aracı olarak mahkemeler: Nizamiye Mahkemeleri örneği' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2023) 81–86.

<sup>3</sup> Harold William Vazeille Temperley, *England and the Near East: The Crimea* (Longmans, Green and Co 1936) 163; Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Metin Kıratlı tercümesi, 5. baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları 1993) 110.

<sup>4</sup> Kanunnamenin tam metni için bkz. *Düstür: Tertîb-i Evvel*, vol 1 (Matbaa-yı Âmiriye 1289) 375–445; Fikri Gürzumar ve Tekin Gürzumar, *Kaanûnnâme-i Ticâret ve Zeyilleri* (Ali Himmet Berki editör, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1962) 43–251. Bu anlamda kanunname bir hukuk aşılması (*legal transplant*) teşkil etmektedir. 1970'li yıllarda İskoç hukukçu Alan Watson tarafından literatüre sokulan bu kavram için bkz. Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2. baskı, University of Georgia Press 1993).

<sup>5</sup> Günümüz Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre konkordato, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda 'sevk edilen şartların yerine gelmesi hâlinde olağan cebri icra usûllerinin yerini alan, iflâsa yaklaşmakla birlikte ondan daha özel bir nitelik arz eden ve iflâsa göre hafifletilmiş kolektif bir cebri icra müessesesidir'. Bkz. Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat Kitapçılık 2018) 4.

İslam hukukunda konkordatoya benzer çeşitli hukukî kurumların mevcut olduğu ileri sürülmüş olmakla beraber,<sup>6</sup> konkordatonun Osmanlı hukukuna tam anlamıyla ilk kez girişi 1850 yılında 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun iktibası neticesinde olmuştur.<sup>7</sup> Kanunun üçüncü kitabında düzenlenen konkordato (*concordat*), 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in iflâs hukukuna ilişkin kısmında yer almıştır. Muhtemelen konkordatonun Osmanlı hukukuna ilk kez girmesi sebebiyle kanunnamede konkordatonun tanımına yer verilmiş, konkordatoya ilişkin düzenlemeler içeren altıncı bâbın başlığında konkordatonun “uzlaşma ve uyuşma manasına” geldiği belirtilmiştir. Bu bâbın başlığı “Uzlaşma ve uyuşma manasına olan konkordato senedinin tanzîmi veyâhud uyuşamayıp mal-ı mevcûdun zabtıyla garâmenin icrâsı beyânında olup bu dahi fusûl-i adîdeyi şâmindir” şeklindedir. Buna ilaveten, başlıkta geçen konkordato kelimesinin yanına dipnot düşülmüş, dipnotta konkordatonun ödeme gücünü kaybeden müflis bir tacir ile alacaklılar arasında yapılan anlaşma manasına geldiği ifade edilmiştir: “Konkorda tabiri bir tâcir te'diye-i deynden âciz olduğu halde müflis hükmünde olacağından ol halde kendisiyle ashâb-ı matlûb beyinde verilen karar ve temşiyete ıtlâk olunur.”<sup>8</sup> Bu tanımda konkordato talebinde bulunan borçlunun behemehâl müflis olduğu varsayımında bulunulması, muhtemelen me haz kanun olan 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun konkordatoya ilişkin 519. maddesinde yer alan “müflis borçlu” (*le débiteur failli*) ifadesinden ileri gelmiş olsa gerektir.<sup>9</sup> Bu anlamda, 1850 kanunnamesinin öngördüğü konkordato kurumu iflâs kurumu ile adeta iç içe geçmiş bir yapıdadır. Bununla birlikte iflâsa ilişkin hükümler hem 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda, hem de 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te ayrıca düzenlenmiş olduğundan, kanun koyucunun konkordato ile iflâs arasında bir ayırım gözettiği de açıktır. Her halükarda, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun aksine, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te konkordatonun ne olduğu konusunda kanun içerisinde ayrıca açıklama yapılmı ihtiyacı hissedilmesi, Osmanlı hukukçularının bu hukukî kurumu çok iyi tanımayan olduğu ihtimalini akla getirmektedir.

<sup>6</sup> Aksoy İslam hukukundaki borçluya süre verme, zekattan pay ayırma, hibe, ibra ve sulh kurumlarının konkordatoya benzediğini belirtmekte ve buradan hareketle İslam hukukunda konkordato kurumuna ihtiyaç bulunmadığını ve günümüz hukukundaki konkordatoya ilişkin bazı kuralların İslam hukukundaki ilkelere ters düştüğünü ileri sürmektedir. Ahmet Aksoy, ‘İslam Hukukunda Konkordato: Ödeme Güçlüğü İçindeki Borçlu Hakkında Öngörülen Düzenlemeler’ (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2002) 43–92, 158–160. Aynı yönde bkz. Ayhan Orhan ve Muhammed Sami Akkuş, ‘Türk Hukuk Sisteminde Konkordato Uygulamasının İslam Hukuku ve Ekonomisi Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) 11 Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 519.

<sup>7</sup> Konkordatoyu ifade etmek için Fransızca'da kullanılan ‘*concordat*’ ifadesi ‘konkorda’ şeklinde telaffuz ediliyor olmasına rağmen, 219. madde gibi birkaç yer haricinde 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te ‘konkordato’ şeklinde kullanılmış olması kelimenin Fransızcadan değil İtalyancadan geçmiş olma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Nitekim İtalyancada ‘*concordato*’ şeklinde yazılan bu kelime, ‘konkordato’ şeklinde telaffuz edilmektedir. Osmanlıların konkordato ile tanışması 1850'den evvel İtalyan tacirler vasıtasıyla olduğu düşünülebilir, tespit edebildiğimiz kadarıyla konkordatonun hukukî bir kurum olarak Osmanlı hukukuna girişi ilk kez 1850 yılında Kânûnnâme-i Ticâret'in yürürlüğe konması ile gerçekleşmiştir. Konkordatonun Osmanlı hukukuna ilk girişinin 1850 Kânûnnâme-i Ticâret ile olduğuna yönelik aynı yönde bkz. Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (2. baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2019) 5. ‘Konkordato’ kullanımı Türkçe’de yerleşene kadar ‘konkordato’ ve ‘konkorda’ ifadelerinin uzun süre birlikte kullanıldığı hem kanunnameden hem de çağdaş kaynaklardan anlaşılmaktadır. Nitekim Nazaret Hilmi'nin 1887 tarihli kavramlar sözlüğünde her iki kullanıma da yer verilmiştir. Nazaret Hilmi, *Termes judiciaires* (Karabet ve Kasbar Matbaası 1304) 120–121. Konkordatonun farklı dillerdeki karşılığı için bkz. Yılmaz Altuğ, ‘Compositions in Bankruptcy’ (1970) 36 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 672, 672.

<sup>8</sup> *Düstür: Tertib-i Evvel* (n 4) 416.

<sup>9</sup> *Code de commerce* (5. baskı, Clément Frères 1808) 139.

Osmanlı hukukuna ilk kez 1850 Kânûnnâme-i Ticâret ile giren konkordato kurumunun iktibas, Osmanlı hukuk modernleşmesi açısından çok önemli ipuçları ihtiva etmektedir. Bu bağlamda konkordatoya ilişkin hukukî hükümler, kurumun kanun içerisindeki sistematik düzenleniş şekli, iktibas esnasında aynen alınan veya üzerinde değişikliğe gidilen hususlar, me haz kanunda bulunmasına rağmen alınmayan veya me haz kanunda bulunmamasına rağmen 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'e yapılan ekleme, çıkarma ve değişikliklerin niteliği 19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesinin karakteri, seyri, tutumu ve amacı hakkında pek çok noktaya ışık tutar mahiyettedir. Binaenaleyh bu çalışmada konkordatoya ilişkin hükümler 1807 Fransız Ticaret Kanunu ve 1850 Kânûnnâme-i Ticâret bağlamında mukayeseli şekilde ele alınarak değerlendirilecektir. Bu haliyle çalışmanın, Osmanlı hukuk modernleşmesini ve modernleşmenin dinamiklerini daha doğru bir perspektiften değerlendirebilme imkanı sağlaması hedeflenmektedir.

1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun tercüme edilerek alınması suretiyle yürürlüğe konulduğu belirtilmektedir.<sup>10</sup> Hatta bir grup yazara göre kanunname, me haz kanunun birebir tercümesinden ibarettir.<sup>11</sup> Çalışmamızın temel iddiası, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in iktibas sırasında Osmanlı kanun koyucusunun me haz kanunda esaslı ölçüde değişikliğe gittiği, kimi yerlerde me haz kanundaki bazı hükümleri kanunnameye almazken kimi yerlerde de me haz kanunda düzenlenmeyen hususlarda çeşitli hükümler sevk ettiği, bu bağlamda me haz kanunda gerekli gördüğü noktalarda değişiklikler yaparak düzenlemeyi Osmanlı bağlamına yerleştirdiğidir. Bir diğer ifade ile 1850 Kânûnnâme-i Ticâret, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun yalnızca bir tercümesinden ibaret değildir. Osmanlı kanun koyucusunun iktibas esnasında ortaya koyduğu değişiklik konkordatoya ilişkin hükümler özelinde aşağıda etraflıca incelenecektir. Burada şu kadarını ifade edelim ki, kanaatimizce kanun koyucunun ortaya koyduğu değişikliklerin nispeti oldukça fazla ve konkordatoya ilişkin bâbın yapısını esaslı şekilde değiştirecek mahiyettedir. Bu nedenle Osmanlı hukuk modernleşmesinin bir parçası olarak 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in iktibas sürecinde Osmanlı kanun koyucusunun tavrını “aktif iktibas” olarak nitelendiriyoruz. “Aktif iktibas”tan kastımız, kanun koyucunun iktibas me haz kanun üzerinde ciddi ve esaslı ölçüde değişiklik yaparak gerçekleştirmesi, başka bir deyişle yapılan değişiklikler vasıtasıyla metne yeni bir çehre kazandırmasıdır. Kanun koyucunun yaptığı değişikliklerin ölçüsüne aşağıda değinilecektir.

<sup>10</sup> Nicholas HD Foster, 'Islamic Commercial Law: An Overview (I)' [2006] InDret: Revista para el Análisis del Derecho 1, 8; Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi* (İletişim Yayınları 1991) 129; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2017) 731; Mustafa Yasan, 'The Modernisation (Europeanisation) Process of the Turkish Commercial Law from 1850 to the Present' (2019) 12 Z Dziejów Prawa 271, 273.

<sup>11</sup> Zafer Toprak, 'From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire' içinde Anna Frangoudaki ve Çağlar Keyder (editör), *Ways to Modernity in Greece and Turkey: Encounters With Europe, 1850-1950* (I B Tauris 2007) 34; Chibli Mallat, 'Commerical Law in the Middle East: Between Classical Transactions and Modern Business' (2000) 48 American Journal of Comparative Law 81, 102; Gürzumar ve Gürzumar (n 4) 3; Musa Gümü, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları' [2013] Tarih Okulu 163, 181.



Çalışmamızda evvela 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nu ile olan ilişkisi incelendikten sonra, her iki düzenlemede yer alan konkordatoya ilişkin hükümler mukayeseli bir tarzda ele alınacak ve yapılacak değerlendirmeler bunun üzerine bina edilecektir. Mallat ve Ade bu süreçteki ticaret hukuku pratiğinin teoriden saptığına ilişkin kanaatlerini ifade etmiş olsalar da,<sup>12</sup> Osmanlı modernleşmesinin fikrî ve teorik arkaplanı ile kanun koyucunun eğilimlerini okumaya imkan sağlaması bakımından çalışmamızın kapsamı hukuk teorisi ile sınırlı tutulacaktır.

## 2. 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan İktibas

Literatürde ileri sürüldüğü üzere 1850 Kânûnnâme-i Ticâret, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'ndan tercüme edilmek suretiyle mi alınmıştır? Öncelikle ifade edilmelidir ki kanunnamenin metninde kanunnamenin nereden iktibas edildiğine dair açık bir bilgi yoktur. Kanunnamenin dîbâcesinde ise “kavânîn-i mütedâvile-i ticâretten tertîb ettirilen mecmû‘a-yı usûl ve nizâmât-ı mu‘tebere-yi Devlet-i Aliyye’ye muvâfık suretle kararlaştırılmak üzere” çalışmalara başlandığı ifade edilmektedir. “Kavânîn-i mütedâvile-i ticâret” ifadesi, kanunnamenin hazırlanmasında birden fazla ülkenin ticaret kanunlarından yararlandığı intibamı uyandırmaktadır. Mamafih dîbâcenin devamında kullanılan ifadeler, bu intibamı aksini işaret etmektedir. Dîbâcenin devamındaki ifadeler şu şekildedir:

“... mecmû‘a-yı mezkûre dört kısma münkasım olup kısım-ı evveli ale‘l-ıtlâk muâmele-i ticâret ve akd-i şirket ve usûl-i poliçe ve kısım-ı sânisî ticâret-i bahriyye ve ona müteallik te‘mînât ve kısım-ı sâlisî mesâlih-i iflâsın tahkîk ve tesvîyesi ve kısım-ı râbî‘ dahi ticâret mahkemelerinin tanzîm ve tertîbi maddelerini şâmil ...”<sup>13</sup>

Görüldüğü üzere dîbâcede dört kısımdan oluşan bir kanundan bahsedilmektedir. Bunlardan birinci kısım ticârî işlere, şirket sözleşmesine ve poliçeye; ikinci kısım deniz ticaret hukukuna ve bununla ilişkili sigorta hükümlerine; üçüncü kısım iflâs hukukuna; dördüncü kısım da ticaret mahkemelerinin kuruluş ve işleyişine dair hükümler içermektedir.

1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'na (Code de commerce) bakıldığı zaman, söz konusu kanunun dört kitaptan müteşekkil olduğu görülmektedir. Fransız Ticaret Kanunu incelendiğinde kanunun birinci kitabının genel olarak ticarete ilişkin kurallara (Du Commerce en général), ikinci kitabının deniz ticaret hukukuna (Du Commerce maritime), üçüncü kitabının iflâsa (Des Faillites et des Banqueroutes), dördüncü kitabının da ticaret mahkemelerine (De la Jurisdiction commerciale) ilişkin olduğu

<sup>12</sup> Mallat (n 11) 104; Mafalda Ade, ‘Ottoman Commercial Law and Its Practice in Aleppo Province (1850-1880)’ içinde Suraiya Faroqi ve Gilles Veinstein (editör), *Merchants in the Ottoman Empire* (Peeters 2008) 258.

<sup>13</sup> *Düstûr: Tertîb-i Evvel* (n 4) 376.

gözlemlenmektedir.<sup>14</sup> Buna ilaveten, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in iç sistematığına bakıldığında da 1807 Fransız Ticaret Kanunu'yla çeşitli paralellikler arz ettiği tespit edilmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa da, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan iktibas edildiği açıktır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun tamamı iktibas edilmemiş, ilk aşamada kanunun sadece ticarete ilişkin birinci ve iflâsa ilişkin üçüncü kitapları alınmış, deniz ticaretine ilişkin ikinci ve ticaret mahkemelerine ilişkin dördüncü kitaplarının o zamanın şartları açısından alınmaması daha uygun görülmüştür.<sup>15</sup>

Bu durum göstermektedir ki 1850 Kânûnnâme-i Ticâret esasen 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan tercüme edilerek hazırlanmıştır. Deniz ticaret hukukuna ilişkin ikinci kitabın iktibas esnasında Hollanda ve Prusya gibi ülkelerin kanunlarından da yararlanıldığı ifade edilmekle beraber,<sup>16</sup> iflâs hukukuna ilişkin üçüncü kısım hakkında böyle bir bilgi mevcut değildir. Bu durum, kanunun iflâsa ilişkin ikinci kısmının büyük oranda 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun tercümesinden ibaret olduğu yönündeki söylemle de paralellik arz etmektedir. Yapılan iktibasın bu söylemle ne kadar paralellik arz ettiği konkordato özelinde aşağıda tartışılacaktır.

Bu söylemi destekleyen bir başka husus, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun o dönemde tercüme edilmiş olduğu vurgusudur. Literatürde 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun Çamiç Ohannes Efendi tarafından tercüme edildiği ve 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in de bu tercümeyle dayandığı ifade edilmektedir.<sup>17</sup> Cin ve Akgündüz, bu

<sup>14</sup> *Code de commerce* (n 9) ix–xii.

<sup>15</sup> Bu durum, dîbâcede şöyle ifade edilmiştir: '... aksâm-ı mezkûreden tesviye-i mehkâime dair olan kısım-ı râbi'in mesâil ve ahkâmı usûl-i hâliyye ve dâhiliyye-i Devlet-i Aliyye'ye tevâfuk etmediği cihetle icrâsı gayrı-kâbil olmak ve sâye-i ma'delet-vâye-i cenâb-ı pâdişâhîde ticâret-i bahriyye dahi vâcibü'l-i'tinâ mevâddan olarak onun dahi usûl-i bahriyye-i Devlet-i Aliyye'ye tatbik ve tevfiik ile sûret-i tanzîmine bakılması lâzîmeden ise de derece-i lüzûm ve ehemmiyeti ale'l-ittlâk muâmele-i ticârete dair olan diğer iki kısım mâ-dûnunda bulunmak mülâbeseyle tesviye-i mehkâime dair olan kısım-ı râbi'den sarfınazarla ticâret-i bahriyyeye müteallik olan mevâd bundan böyle tesviye ve tanzîm ile zeyl ve ilâve olunmak üzere lüzûm-ı hakikîsi bedihî olan kısım-ı evvel ve sâlisin mevâdd-ı mündericesi bi'l-müzâkere tedkik ve usûl-i câriye ve dâhiliyye-i Devlet-i Aliyye'ye tevfiik ve tatbik olunarak tanzîm-i defâtir ve akd-i şirket ve keşide-i polîçe ve tesviye-i umûr-ı iflâsî mübeyyin ve iki kısmı mutazammın olmak üzere üç yüz on beş maddeyi şâmil olarak işbu Kânûnnâme-i Ticâret terkîm ve tanzîm ve hâk-pây-ı hümâyûn-ı mülûkâneye arz ve takdîm olunmuş ...' *Düstûr: Tertîb-i Evvel* (n 4) 376. Ticaret hukuku alanındaki kanun boşlukları, Mecelle'nin yürürlüğe girişine kadar yine Fransız hukuku hükümleriyle doldurulmuştur. Ahmet Kılınç ve Harun Karakaya, 'Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi' (2022) 2 Kırkkale Hukuk Mecmuası 59, 68.

<sup>16</sup> Gülmiş Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1996) 152; Gürzumar ve Gürzumar (n 4) 3–4.

<sup>17</sup> Bozkurt (n 16) 151; Gürzumar ve Gürzumar (n 4) 3; Mehmet Gayretli, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları* (Nizamiye Akademisi 2015) 307; M Macit Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku* (Lotus Yayınevi 2005) 75. Ermeni Katolik cemaatine mensup olan Çamiç Ohannes Efendi'nin (v. 1884) Türkçe, Fransızca ve İngilizce dillerine oldukça vâfık olduğu ve 'hesap işlerinden' anladığı kaydedilmektedir. Çamiç Ohannes Efendi Maliye Nezareti muavinliği, Tercüme Cemiyeti üyeliği, Osmanlı Bankası muhasebeciliği, Muhâsebât Müfettişliği, Eshâm-ı Umûmiyye emînliği, Şûrâ-yı Devlet üyeliği, Eshâm-ı Cedide müdürlüğü ve Ticâret Nezareti müsteşarlığı gibi pek çok görevi deruhte ettikten sonra 1876 yılında Kânûn-ı Esâsî'yi hazırlayan komisyona üye olarak atanmış, 1877 yılında Ticâret ve Zirâat Nazırlığı ile Nafia Nazırlığı makamlarına tayin edilmiştir. Çamiç Ohannes Efendi hakkında bkz. Mustafa Ülger, 'Miftahü'l-Fünun'un Müterciminin Kimliği Hakkında Bir İnceleme' (2017) 22 Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 125, 129–131. İfade edilmelidir ki Kânûnnâme-i Ticâret, Osmanlı hukukularının Batı'dan tercüme ettiği tek kanun değildir. Bir başka kanun tercümesi için bkz. *Code Civil, yani Fransa Kânûn-ı Medenîsi* (Nazaret Hilmi tercümesi, Karabet ve Kasbar Matbaası 1303).

tercümeye “1807 tarihli eski metni[n]” esas alındığını ve ortaya koyulan tercümenin “birçok hatalarla dolu” olduğunu belirtmektedir.<sup>18</sup>

Fransız hukukundan böyle bir iktibas yapılmış olması iki temel soruyu akla getirmektedir. Birincisi, böyle bir iktibasa neden ihtiyaç duyuldu? Kanunnamenin dîbâcesinde ticarî hayatın güvenliği ve halkın refah içinde yaşaması için ticaret mevzuatının büyük öneme sahip olduğu, güvenlik ve refahın sağlanması için ise gitgide genişleyen ve büyüyen bu mevzuatın sağlam ve iyi kurallara dayanması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>19</sup> Kanunnameden yaklaşık yirmi yıl sonra yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin esbâb-ı mûcibe mazbatasında ise o günün şartlarında ticaretin gelişmesine paralel olarak ticarî mevzuatın genişlemesi sebebiyle polîçe ve iflâs gibi konularda özel bir kanuna ihtiyaç duyulduğu zikredilmiştir.<sup>20</sup> Buna ilave olarak özellikle uluslararası ticaret ve iktisadî ilişkiler sebebiyle Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılda “standart ve derlenmiş bir hukukî mevzuata sahip olmak” ve “dünyanın yeni ekonomik düzenine ayak uydurmak” zorunluluğu hissetmesinin<sup>21</sup> ve İslam hukukunun polîçe ve iflâs gibi bazı konularda herhangi bir düzenleme öngörmemesinin<sup>22</sup> böyle bir kanun iktibasında rol oynadığı ileri sürülmüştür. Ağır ve Artunç ise iktibas ve hukukî modernleşme sürecinde merkezî bürokrasinin etkisini artırma, dış müdahalelere direnme ve ekonomik kalkınma maksatlarının önemli bir rol oynadığını kaydetmektedir.<sup>23</sup> Dolayısıyla yapılan değerlendirmelerden, diğer âmillerin yanında, iktibasa götüren en önemli âmilin gelişen uluslararası ticaret ve Avrupa ile olan ilişkiler olduğu sonucu çıkmaktadır.

Fransız hukukundan yapılan bu iktibasın akla getirdiği ikinci soru, mehz olarak neden Fransız hukukunun tercih edildiğidir. Bu tercihin sebebini ayrıca sorgulamaya götüren husus, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun iktibas edilmeye çok müsait olmayan sorunlu bir metin olmasıdır. Nitekim Foster söz konusu kanunu içerdiği bazı ayrımlar ve kavramlar bakımından dikkatli bir sınıflandırmadan ziyade tarihî olgulara dayanan, kapsam olarak yetersiz, endüstri devrimi öncesine dayanan arkaik

<sup>18</sup> Cin ve Akgündüz (n 10) 731.

<sup>19</sup> ‘... ticâret maddesi âşâyîş ve refâh-ı raiyyet ve umrânî-i memleketin cüz’-i a’zamı ve belki rûhu mesâbesinde olmağla bunun gün-be-gün tevessü’ ve tekesstürü ehemm ve mehândan olarak bu dahi muâmelât-ı ticâretin nizâmât-ı kaviyye ve müstahsene tahtında bulunmasına mevkûf olduğundan ...’ *Düstür: Tertib-i Evvel* (n 4) 375.

<sup>20</sup> ‘... fakat bu asırlarda muâmelât-ı ticârîyye pek ziyâde tevessü’ eylemiş olduğundan polîçe ve iflâs gibi pek çok husûslarda kânûn-ı aslîden istisnâ olunmuş ve bu mesâil-i istisnâiyeyi hâvî başkaca bir de Ticâret Kânûnnameşi tanzim kılınmıştır ki husûsât-ı ticârîyyede ma’ mülûn bih olup cihât-ı sâirede yine kânûn-ı medenîye mürâcaat kılınıyor ...’ ibid 22.

<sup>21</sup> İlber Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı* (2. baskı, Hil Yayın 1987) 140.

<sup>22</sup> Edouard-Philippe Engelhardt, *Türkiye ve Tanzimat Hareketleri* (Ayda Düz tercümesi, Milliyet Yayınları 1976) 247. Yapılan araştırmalar klasik dönemden itibaren İslam hukukunun iflâs bakımından oldukça gelişmiş hükümler içerdiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle Engelhardt'ın iflâs hukukuna ilişkin bu değerlendirmesine ihtiyatla yaklaşılmalıdır. İslam hukukunda iflâsa ilişkin hükümler için bkz. Abed Awad ve Robert E Michael, ‘Ifas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy’ (2010) 44 *The International Lawyer* 975; Fahreddin Atar, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1990); Emile Tyan, ‘Ifas et Procedure d’execution Sur Les Biens En Droit Musulman (Madhab Hanafite)’ [1964] *Studia Islamica* 145.

<sup>23</sup> Seven Ağır ve Cihan Artunç, ‘Set and Forget? The Evolution of Business Law in the Ottoman Empire and Turkey’ [2021] *Business History Review* 1, 6–7.

bir kanun olarak görmektedir.<sup>24</sup> Keza Mallat da Fransız kanununun Müslüman bir toplum için tamamen uyumsuz olduğu kanaatindedir.<sup>25</sup> Buna rağmen iktibas için Fransız kanununun tercih edilmesinde Foster’a göre pek çok sebep yatmaktadır: Fransa’nın uzun yıllar Osmanlı ticaretinde oynadığı önemli rol, Fransız hukukunun ve Fransız devriminin Osmanlı eliti arasında sahip olduğu prestij, bu elitin Fransa’da eğitim görmüş ve Fransızca öğrenmiş olması, konsolosluk mahkemeleri vasıtasıyla Fransız hukukunun uyuşmazlık çözümünde zaten kullanılıyor olması, İstanbul’daki ticarî hayatta etkili olan Rumların Fransız kanununu kullanıyor olması ve kanunun o dönemde kodifiye edilmiş bulunan tek ticaret kanunu olması.<sup>26</sup> Bu gerekçelere ilave olarak “filen sahip olduğu yaygınlığı[n]” da 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun tercih edilmesinde rol oynadığı ifade edilmiştir.<sup>27</sup>

Nihayetinde Osmanlı Devleti 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun iktibas edilmesine karar vermiş ve Kânûnnâme-i Ticâret 1850 yılında yürürlüğe konmuştur. Düstûr’da kanunnamenin tarihi 18 Ramazan 1286 (22 Aralık 1869) şeklinde verilmiş olmakla birlikte<sup>28</sup> “Ticâret Kânûnnâme-i Hümâyûnuna Zeyl” için 9 Şevvâl 1276 tarihinin verilmiş olması,<sup>29</sup> 1286 tarihinin sehven yazılmış olduğunu göstermektedir. Kanunnamenin tarihi, literatürde ittifakla belirtildiği gibi 18 Ramazan 1266 (28 Temmuz 1850) olmalıdır.<sup>30</sup>

Literatürde 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in Osmanlı hukuk tarihi açısından önemli bir noktayı temsil ettiği çeşitli yazarlar tarafından farklı açılardan vurgulanmıştır. Nitekim kanunnamenin “ilk Türk ticaret kanunu”,<sup>31</sup> “Tanzimattan sonra neşredilen ilk kanun”,<sup>32</sup> “Batı’dan alınan kanunlardan ilki ve en önemlisi”,<sup>33</sup> “İslam hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sisteminin Osmanlı Devleti’nde ilk ciddi karşılaşması”,<sup>34</sup>

<sup>24</sup> Nicholas HD Foster, ‘Commerce, Inter-Polity Legal Conflict and the Transformation of Civil and Commercial Law in the Ottoman Empire’ (2013) 17 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 1, 31–32. Kanunun sistematığı hakkında benzer bir eleştirisi için bkz. Kenanoğlu (n 17) 78.

<sup>25</sup> Mallat (n 11) 100–101.

<sup>26</sup> Foster (n 24) 32–33; keza bkz. (n 10) 7. Fransız kanun yapım usulüne ilişkin olarak Code Civil örneği için bkz. Barkın Asal, ‘Yasalaştırma: Kodifikasyon teorisi ve politikası’ (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013).

<sup>27</sup> Gayretli (n 17) 306. Fransız hukukuna alternatif olmasına karşın neden İngiliz hukukundan iktibasta bulunulmadığı hakkında değerlendirmeler için bkz. Avi Rubin, ‘British Perceptions of Ottoman Judicial Reform in the Late Nineteenth Century: Some Preliminary Insights’ (2012) 37 Law & Social Inquiry 991, 997; Ağır ve Artunç (n 23) 8.

<sup>28</sup> *Düstûr: Tertîb-i Evvel* (n 4) 445.

<sup>29</sup> ibid 465.

<sup>30</sup> Bununla beraber literatürde kanunnamenin iflâsa ilişkin kısmının 1855 yılında yayımlandığı ifade edilmektedir. Bozkurt (n 16) 151; Cin ve Akgündüz (n 10) 731; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (14. baskı, Beta Yayıncılık 2017) 428. Kanunnamenin dibâcesine bakıldığında, Gayretli’nin de ifade ettiği gibi, literatürdeki bu görüşün hatalı ve çelişkili olduğu, mehzaz kanunun birinci ve üçüncü kitabının birlikte yürürlüğe koyulmuş olması sebebiyle iflâsa ilişkin kısmın da 1850 senesinde yürürlüğe koyulduğu görülmektedir. Bkz. Gayretli (n 17) 308.

<sup>31</sup> Yasan (n 10) 273.

<sup>32</sup> Gürzumar ve Gürzumar (n 4) 3.

<sup>33</sup> Ebül’ulâ Mardin, ‘Development of the Shari’a under the Ottoman Empire’ içinde Majid Khadduri ve Herbert J Liebesny (editör), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, vol 1 (The Middle East Institute 1955) 288.

<sup>34</sup> Yasin Yılmaz, *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi* (Bir Yayıncılık 2018) 222.

“imparatorluğun Batılı tarzdaki ilk kanunlarından biri”,<sup>35</sup> “Osmanlı Devleti’nde modern anlamda şirketleşme ile ilgili mevzuatın ilk adımı”,<sup>36</sup> ve “özel hukuk alanında gerçekleştirilen ilk resepsiyon hareketi”<sup>37</sup> olduğu hususlarına dikkat çekilmiştir. Bunlara ilave olarak kanunnamenin Osmanlı hukukuna “şer’î hukuk dışında bir hukuk ve yargı sistemini ilk kez” soktuğu<sup>38</sup> ve buna paralel olarak “şeriat çerçevesi dışındaki konularla uğraşan, ulemadan bağımsız bir hukuk ve yargı sisteminin Türkiye’de resmen ilk tanınması” anlamına geldiği<sup>39</sup> ileri sürülmüşse de, kanunnamenin şer’î hukukla olan ilişkisine, çalışmamızın kapsamını aşması sebebiyle değinmiyoruz.

### 3. 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’te ve 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nda Konkordato

#### 3.1. Kanun Sistematiği Açısından

Yukarıda da ifade edildiği gibi 1850 Kânûnnâme-i Ticâret, 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun birinci ve üçüncü kitabının iktibas edilmesi suretiyle meydana getirilmiştir. Buna paralel olarak kanun iki kısma ayrılmakta, bu iki kısımdan her biri kendi içerisinde fasıllara, fasıllar bâblara, bâblar da yine fasıllara ve nev’lere ayrılmaktadır (1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in kısım, fasıl ve bâbları için bkz. EK-1). Bu sistematik yapı içerisinde konkordatonun kanunun ikinci kısmının birinci faslının altıncı bâbında yer aldığı ve kanunnamenin 211 ilâ 248. maddeleri arasında düzenlendiği görülür.<sup>40</sup> Söz konusu altıncı bâb, kendi içerisinde altı fasla ayrılmaktadır.

1807 Fransız Ticaret Kanunu’na bakıldığında ise konkordatonun iflâsa ilişkin üçüncü kitabın (*livre*) birinci başlığının (*titre*) sekizinci bölümünün (*chapitre*) ikinci kısmında (*section*) 519 ilâ 526. maddeler arasında yer aldığı müşahede edilir (1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun üçüncü kitabının başlıkları, bölüm ve kısımları için bkz. EK-2).<sup>41</sup> Konkordatoya ilişkin başlığın 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’te 38 madde içermesine karşın 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nda 11 madde ile sınırlı olması, mehzaz kanundan yapılan iktibas esnasında ilgili hükümlerde nicelik ve nitelik açısından birtakım değişiklikler yapıldığının sinyallerini vermektedir.

<sup>35</sup> Foster (n 24) 29.

<sup>36</sup> Coşkun Çakır ve Yakup Akkuş, ‘Osmanlı İstanbul’unda Ticaret’, *Antik Çağ’dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A Ş Yayınları 2015) 154 192.

<sup>37</sup> Coşkun Üçök, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (17. baskı, Turhan Kitabevi 2015) 355.

<sup>38</sup> Bozkurt (n 16) 155; Üçök, Mumcu ve Bozkurt (n 37) 355.

<sup>39</sup> Lewis (n 3) 114.

<sup>40</sup> *Düstûr: Tertib-i Evvel* (n 4) 416–427.

<sup>41</sup> *Code de commerce* (n 9) 139–141.

### 3.2. Bâb ve Fasıllar Açısından

1850 Kânûnnâme-i Ticâret ve 1807 Fransız Ticaret Kanunu hükümleri mukayeseli olarak ele alındığında, kanunnamenin konkordatoya ilişkin olduğu ifade edilen söz konusu altıncı bâbının ikinci faslının mehzaz kanunda konkordatoya dair ikinci kısım ile benzerlik taşıdığı görülür. Altıncı bâbın diğer fasılları açısından ise durum farklıdır (bkz. Tablo 1).

**Tablo 1.**

1850 Kânûnnâme-i Ticâret	1807 Fransız Ticaret Kanunu
Altıncı bâb: Uzlaşma ve uyuşma manasına olan konkordato senedinin tanzîmi veyâhud uyuşamayıp mal-ı mevcûdun zabtıyla garâmenin icrâsı beyânında olup bu dahi fusûl-i adîdeyi şâmilirdir	Chapitre VIII: Des Syndics définitifs et de leurs fonctions
Fasl-ı evvel: Ashâb-ı matlûbun sûret-i ictimâ' ve celbine dâ'irdir	Section I: De l'Assemblée des créanciers dont les créances sont vérifiées et affirmées
Fasl-ı sâni: Konkorda senedinin sûret-i akd ve tesviyesi hakkındadır	Section II: Du Concordat
Fasl-ı sâlis: Konkordatonun icrâ-yı ahkâmı beyânındadır	
Fasl-ı râbi': Konkordatonun hükmen ilgâsı veyâhud fesh ve adem-i icrâsı beyânındadır	
Fasl-ı hâmis: Mevcûdun adem-i kifâyeti takdîrinde iflâs muâmelâtının kapatılması beyânındadır	
Fasl-ı sâdis: Alacaklıların ittifâkı beyânındadır	Section III: De l'Union des Créanciers

1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te altıncı bâbın başlığında “konkordato” ifadesi kullanılmış ve bunun altında altı farklı fasla yer verilmiştir. 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda ise “konkordato” ibaresine başlık düzeyinde sadece ikinci kısım (*section*) yer verilmiştir. Mehzaz kanunda konkordatoya tekabül eden kısım, kanunnamenin konkordatoya ilişkin altıncı bâbında yer alan altı fasıldan sadece birine tekabül etmektedir. Dolayısıyla Osmanlı kanun koyucusu, ictibas esnasında konkordatonun kapsamı noktasında mehzaz kanundan ayrılarak farklı bir yol benimsemiştir. Alacaklılar toplantısına ve alacaklılar birliğine ilişkin olarak 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda yer alan birinci kısım (Section I) ve üçüncü kısım (Section II) konkordatoya ilişkin hükümlerin kapsamına girmemektedir. Zira konkordatoya ilişkin ikinci kısım (Section II), birinci ve üçüncü kısımdan müstakil şekilde düzenlendiği gibi, ikinci kısım sistematik açıdan birinci ve üçüncü kısmın üst başlığı niteliğini taşımamaktadır. Buna karşın, mehzaz kanunda yer alan bu üç kısma karşılık gelen 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'teki birinci, ikinci ve altıncı fasıllar, “konkordato” ifadesini içeren bir üst başlığa sahip olan altıncı bâbın altında düzenlenmiştir. Bu anlamda, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun aksine, söz konusu fasıllar Osmanlı kanun koyucusu tarafından konkordato ile ilişkilendirilmiştir. İlgili fasılları içeren üst başlık 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda iflâs idare memurlarına (*syndics*) ve onların görevlerine ilişkin iken, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'e “Uzlaşma

ve uyuşma manasına olan konkordato senedinin tanzîmi veyâhud uyuşamayıp mal-ı mevcûdun zabtıyla garâmenin icrâsı beyânında olup bu dahi fusûl-i adîdeyi şâmidir” şeklinde alınmıştır. Bu değişikliğin hangi maksatla yapıldığı konusunda bilgi sahibi değiliz. Ancak kesin olan şu ki, Osmanlı kanun koyucusu iktibas esnasında me haz kanundaki düzenlemelerde bâb ve fasıllar açısından çeşitli değişiklikler ve düzenlemeler yapmıştır.

1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in söz konusu altıncı bâbı ile 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun sekizinci bölümü arasında yapılan mukayesenin ortaya koyduğu bir diğer dikkat çekici husus, kanunnamenin altıncı bâbında yer alan altı fasıldan üç tanesinin me haz kanunda doğrudan bir karşılığının bulunmamasıdır. Kanunnamede yer alan birinci, ikinci ve altıncı fasıllardan her biri me haz kanunda yer alan kısımlardan (*section*) birine karşılık gelmekte iken, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıl ile aynı ölçüde benzerlik gösteren herhangi bir kısım tespit edebildiğimiz kadarıyla me haz kanunda yer almamaktadır. Bu fasıllara aşağıda değinilecektir. Burada şu kadarını ifade edelim ki, yukarıda da değinildiği üzere, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret yürürlüğe konulurken me haz olarak 1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun esas alındığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Kanunnamenin altıncı bâbında yer alan altı fasıldan üç tanesinin me haz kanunda yer almayan kısımlardan oluşması, Osmanlı kanun koyucusunun iktibas esnasında pasif değil aktif bir rol oynadığını ve gerekli görülen hallerde me haz kanunda yer almayan düzenlemelere yer vermekte tereddüt etmediğini göstermesi bakımından dikkate değer bir husustur.

### 3.3. Dar Anlamda Konkordatoya İlişkin Hükümler

1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun konkordatoya ilişkin olduğu açıkça zikredilen ikinci kısmı (Section II), 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in söz konusu altıncı bâbının ikinci faslı ile büyük benzerlikler göstermektedir (bkz. Tablo 2).

1850 Kânûnnâme-i Ticâret	1807 Fransız Ticaret Kanunu
Fasl-ı sâni: Konkorda senedinin sûret-i akd ve tesviyesi hakkında	Section II: Du Concordat
Madde 214: Zikr olunan rûsûm ve kavâide riâyet ve tamâmen icrâ olunmazdan evvel, hâzır bi'l-meclis olan ashâb-ı düyûn ile müflis-i medyûn beyninde bir güne mukâvele akdi câiz değildir. Bâlâda muharrer olduğu üzere kat'iyen tasdik ve kabûl veyâhud ihtiyâten deftere idhâl olunmuş olan düyûnun üç rub'una mutasarrıf ve aded cihetiyle ekser ve ağleb olan alacaklıların inzimâm-ı re'y ve ma'rifetleriyle akd olunan mukâvele mu'teber olub, kavâid-i merkûmenin adem-i icrâsı takdîrinde mukâvele senedi mer'î ve mu'teber değildir.	Article 519: Il ne pourra être consenti de traité entre les créanciers délibérans et le débiteur failli qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites. Ce traité ne s'établira que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant, en outre, par leurs titres de créances vérifiées, les trois quarts de la totalité des sommes dues, selon l'état des créances vérifiées et enregistrées, conformément à la section IV du chapitre VII; le tout à peine de nullité.

<sup>42</sup> Bu ve diğer tablolarda kanunnamenin ve me haz kanunun diğer kanunda karşılığı bulunmayan hükümleri koyu ve italik olarak verilmiştir.

<p>Madde 215: İstiğlâl ve rehn ve imtiyâz cihetleriyle alacakları mütehakkik olan alacaklılar bu misillü alacakları için konkordato senedine dâir muâmelâtda re'yelerini söylemeye salâhiyetleri yoktur. <b>Fakat istiğlâl ve rehn ve imtiyâzlarından ferâgat ederler ise bunların alacakları dahi deftere idhâl ve mahsûb kılınır. Mâdemki konkordato senedi akdi zımnında meclise duhûl ile re'y ve müdâhale edeler istihkâkât-ı vâkıatlarından ferâgat etmiş olacakları tabîat-ı maslahat icâbındandır.</b></p>	<p>Article 520: Les créanciers hypothécaires inscrits et ceux nantis d'un gage, n'auront point de voix dans les délibérations relatives au concordat.</p>
<p>Madde 216: Uyuşmak emri şâyân-ı i'tibâr olmak için senedi meclisce imzâ ve tasdîk olunmak şarttır. Eğer yalnız aded-i eşhâsın ekserisi kâil veyâhud yalnız mikdâr-ı matlûbun üç rub'una mutasarrıf olanlar râzî olup da şart-ı matlûb hâsıl olmadığı halde müzâkerât-ı icâbiyye nihâyet sekiz gün dahi imhâl kılınır. <b>Bu takdirde meclis-i sâbıkda vâki 'red ve kabûl bahisleri nazar-ı i'tibârdan sâkât olur.</b></p>	<p>Article 522: Le concordat, s'il est consenti; sera, à peine de nullité, signé séance tenante: si la majorité des créanciers présents consent au concordat, mais ne forme pas les trois quarts en somme, la délibération sera remise à huitaine pour tout délai.</p>
<p>Madde 217: Hilekâr olmak üzere hükmolunan müflis hakkında konkordato senedinin akdi câiz değildir. <b>Bu makûle hileli iflâsın teftîş ve muhâkemesine mübâşeret olduğu anda alacaklılar bir yere gelip müflisin berâet-i zimmeti tebeyyün eylediği takdirde konkordato müzâkeresine teşebbüs olunup olunmaması husûsunun teftîş maddesinin hitâmına kadar te'hîrine beynlerinde bir mühlet ta'yîniyle karar verildiği halde işbu te'hîr maddesi bâlâda mestûr 214. maddede beyân olduğu üzere aded cihetiyle ve matlûbâtlarının mikdâr ve kemiyeti hasebiyle ağıleb olan alacaklıların re'yelerine muvâfakat ile hükmolunup mühlet-i meşrûtanın inkızâsında konkordato müzâkeresi tasmîm olunur ise ânifü'z-zikr maddede vaz' olunan kavâidin icrâsına mübâderet kılınır.</b></p>	<p>Article 521: Si l'examen des actes, livres et papiers du failli, donne quelque présomption de banqueroute, il ne pourra être fait aucun traité entre le failli et les créanciers, à peine de nullité: <b>le commissaire veillera à l'exécution de la présente disposition.</b></p>
<p>Madde 218: Müflisin iflâsı taksîrât-ı vâkıasından nâşî olduğu hükmolunur ise ol halde dahi konkordato senedinin akdi câizdir. Ancak o makûle müflisin taksîrâtı zâhire çıkarılması husûsu takîb olunmakta bulunmuş ise davanın hitâmına kadar müzâkerelerini tevkîf etmek alacaklıların yed-i ihtiyârındadır. <b>Bu bâbda ânifü'z-zikr maddenin kavâidine riâyat olunur.</b></p>	



<p>Madde 219: Konkordato senedinin tanzim ve tesviyesine istihkâkları olan veyâhud müstehak oldukları ba'dehû tebeyün eden bilcümle alacaklılar konkordato senedinin akdine muhâlefete iktidârları derkârdır. İşbu muhâlefetleri dahi esbâb ve delâile mebnî olmak ve sened tanziminden i'tibâren sekiz gün zarfında müflis ve vekillerine ihbâr olunmak lâzımeden olub, bu vecihle olmadığı halde muhâlefetleri mesmû' değildir ve <i>muhâlefet keyfiyeti Ticârethânenin işbu madde hakkında evvel-be-evvel akd olunacak meclisine arz ve beyân olunduğu ol bâbda takdîm olunacak müzekerede münderic olmak lâzımdır ve bir iflâs için eğerçi yalnız bir vekil ta'yîn olunmuş ise ol dahi konkorda senedinin akdine muhâlefet eyler ise yeniden bir vekil ta'yîn olunmasını iddiâ eylemek vekil-i mûmâileyhin vazîfe-i zimmetidir. İşbu maddede vaz' olunan kavâidin vekil-i cedîd hakkında icrâsı lâzımedendir. Kaldı ki muhâlefet husûsunda hükmün isdârı keyfiyet-i maddeye nazaran Ticârethânenin dâire-i me'mûriyetinden hâric mesâ'ilin hal ve tesviyesine mütevakkıf ise işbu mes'elelerin tesviyesine kadar Ticârethânenin hükmü te'hîr olunur ve ol bâbda Ticârethâne tarafından muhtasarca bir mühlet tahsîs olunup muhâlefet eden alacaklı mühlet-i merkûme esnâsında maddesinin râci' olduğu mahalle mürâcaat birle ta'cîl ve müsâraatini isbât etmek lâzımedendir.</i></p>	<p>Article 523: Les créanciers opposans au concordat seront tenus de faire signifier leurs oppositions aux syndics et au failli dans huitaine, pour tout délai.</p>
<p>Madde 220: Konkordato senedinin tasdikini sâ'irlerden ziyâde ta'cîl eden müddeînin istid'âsı üzere Ticârethânenin icrâsına i'tinâ olunup ancak muayyen olan sekiz gün mühletin inkizâsından evvel hükmolunamaz. <i>Eğerçi mühlet-i merkûme zarfında muhâlefet vukû' bulur ise işbu muhâlefet ve gerek tasdik maddesi yalnız bir i'lân ile Ticârethâne tarafından hükmolunur ve muhâlefet keyfiyetinin kabûl ve i'tirâfı takdîrinde bilcümle alacaklılar hakkında konkordato senedinin hükmü mensûh olur.</i></p>	<p>Article 524: Le traité sera homologué dans la huitaine du jugement sur les oppositions. <i>L'homologation le rendra obligatoire pour tous les créanciers et conservera l'hypothèque à chacun d'eux sur les immeubles du failli; à cet effet, les syndics seront tenus de faire inscrire aux hypothèques le jugement d'homologation, à moins qu'il n'y ait été dérogé par le concordat.</i></p>
<p>Madde 221: <i>Beher hâl konkordato senedinin tasdiki hükmolunmazdan mukaddem gerek iflâsın hâlline dâir ve gerek konkordatonun makbûliyetine mütedâ'ir Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûr cânibinden Ticârethâneye bir küt'a takrîr takdîm olunmak lâzımdır.</i></p>	
	<p>Article 525: <i>L'homologation étant signifiée aux syndics provisoires, ceux-ci rendront leur compte définitif au failli, en présence du commissaire; ce compte sera débattu et arrêté. En cas de contestation, le tribunal de commerce prononcera: les syndics remettront ensuite au failli l'universalité de ses biens; ses livres, papiers, effets. Le failli donnera décharge; les fonctions du commissaire et des syndics cesseront, et il sera dressé du tout procès-verbal par le commissaire.</i></p>

<p>Madde 222: Bâlâda mezkûr kavâide riâyet olunmadığı veyâhud âmmenin menfaatine ve alacaklıların muktezâ-yı maslahatlarına münâfi bazı esbâb ve vesâil vukû bulduğu halde o makûle mevâdd konkordato senedi akdine mâni' olacağından Ticârethâne tarafından dahî tasdik olunamaz.</p>	<p>Article 526: Le tribunal de commerce pourra, pour cause d'inconduite ou de fraude, refuser l'homologation du concordat; et, dans ce cas, le failli sera en prévention de banqueroute, et renvoyé de droit, devant le magistrat de sûreté, qui sera tenu de poursuivre d'office. S'il accorde l'homologation, le tribunal déclarera le failli excusable et susceptible d'être réhabilité aux conditions exprimées au titre ci-après de la Réhabilitation.</p>
--	---

1850 Kânûnnâme-i Ticâret ve 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun dar anlamda konkordatoya ilişkin hükümlerinin ne derecede benzerlik gösterdiği incelendiğinde, kanunnamenin 214. maddesi ile mehaz kanunun 519. maddesinin anlam bakımından neredeyse aynı olduğu görülür. Binaenaleyh, söz konusu maddenin doğrudan tercüme yoluyla mehaz kanundan alındığını söylemek mümkündür.

Kanunnamenin 215. maddesinin ilk cümlesi, mehaz kanunun 520. maddesi ile aynı manayı taşımaktadır. Mehaz kanunun 520. maddesinin tek cümleden oluşmasına karşın, kanunnamenin 215. maddesi üç cümleden müteşekkildir ve ilave edilen iki cümlelerin mehaz kanunda herhangi bir karşılığı bulunmamaktadır. Söz konusu iki cümleye bakıldığı zaman, bu cümlelerin bir tanesinin birinci cümlelerin farklı bir şekilde ifade edilişi ve kısmen şerhi, diğer cümlelerin ise hükmün gerekçesi olduğu görülür. Özellikle hükmün gerekçesini ifade eden son cümleye mehaz kanunun aksine 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te özel olarak yer verilmesinin sebebi, İslam hukuk geleneğinde yüzyıllardan beri fıkıh kitaplarının pek çoğunda hukukî hükümlerin gerekçelerinin ve hukukçuları o yönde düşünmeye sevk eden sebeplerin müstakil olarak zikredilmesinin getirdiği alışkanlık olmalıdır.<sup>43</sup>

Kanunnamenin 216. maddesine gelindiğinde, mehaz kanundaki sıradan sapıldığı görülür. Kanunnamenin 214 ve 215. maddeleri sırasıyla mehaz kanunun 519 ve 520. maddeleri ile benzerlik gösterirken, 216. madde mehaz kanunun 521 değil 522. maddesiyle benzerlik taşır. 216. maddenin ilk iki cümlesi, mehaz kanunun 522. maddesi ile paralellik arz ederken, 216. maddenin son cümlesi yine mehaz kanunda yer almayan bir düzenleme içermektedir.

Kanunnamenin 217. maddesinin ilk cümlesi, mehaz kanunun 521. maddesi ile benzerlik arz etmektedir. Mehaz kanundan farklı olarak, 217. maddenin ilk cümlesine bir dipnot eklenmiş ve bu dipnotta üç tür müflis bulunduğu ifade edilmiştir: Hakiki, taksiratlı, hilekar. Bu dipnotun eklenme amacının, kanuna muhatap olacak uygulayıcıların hukukî bilgi bakımından zayıflıkları mı, müflis kavramının 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun iktibası bağlamında yeni bir anlam kazanması mı, yoksa uygulayıcılar için kolaylık sağlanması

<sup>43</sup> Ahmad Atif Ahmad, *Islamic Law: Cases, Authorities and Worldview* (Bloomsbury Academic 2017) 176; Walter Edward Young, *The Dialectical Forge: Juridical Disputation and the Evolution of Islamic Law* (Springer 2017).

mi olduğu meçhuldür. Kanunname ile mehaz kanun arasında görülen bir farklılık olarak, mehaz kanunun ifadesinde hileli müflis ile anlaşma yapılamaması hususunun komiser tarafından denetleneceği hükme bağlanmaktayken, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te böyle bir ifade yoktur. Buna karşın kanunname hükmünün ilk cümleden sonraki kısmında hileli bir iflâsın teftiş ve muhakemesine başlanması hallerinde alacaklıların toplanarak sürecin sonrası için görüşüleceği hususlar ele alınmıştır. Dolayısıyla iktibas esnasında bu hükümde de değişiklikler yapılmıştır.

Kanunnamenin 218. maddesi, 217. madde ile paralellik taşımaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki müstakil bir hüküm olarak düzenlenen bu maddeye benzer bir hüküm, önceki maddelerin aksine mehaz kanunda yer almamaktadır. Bu nedenle, söz konusu hükmün kanunnameye Osmanlı kanun koyucusu tarafından ilave edildiğini söylemek mümkündür.

Birbirine paralellik arz eden madde çiftlerinden bir diğeri de kanunnamenin 219. maddesi ile mehaz kanunun 523. maddesidir. 219. maddenin ilk iki cümlesi, mehaz kanunun 523. maddesi ile büyük oranda benzerlik arz etmekle, bunun yanında kısmen daha detaylı bir düzenleme getirmektedir. Buna ilave olarak, 219. maddenin ilk iki cümlesini takip eden diğer kısımlar mehaz kanunda yer almayan düzenlemelerden oluşmaktadır.

Takip eden 220. maddenin ilk cümlesi, mehaz kanunun 524. maddesinin ilk cümlesi ile benzerlik taşımaktadır. Ancak her iki hükmün de geri kalan kısımları birbirinden farklı düzenlemeler içermektedir. Mehaz kanunda tasdik edilen konkordatonun alacaklıları bağlayacağı, borçluya ait taşınmazlar üzerinde teminat hakkı bulunan alacaklıların teminatlarını muhafaza edeceği ve konkordato senedinde sona ermesi özel olarak öngörülmemiş bulunan teminatların iflâs idare memurları tarafından konkordatonun onaylanması kararına işleneceği hükme bağlanmaktadır. 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 220. maddesinde ise konkordatonun alacaklıları bağlaması farklı bir şekilde ifade edilmiştir. 220. maddede konkordatonun tasdik edilmesi halinde alacaklıları bağlayacağını ifade etmek yerine, Osmanlı kanun koyucusu söz konusu maddeyi konkordatoya yapılan itirazların kabulü halinde konkordatonun hükmünün ortadan kalkmış olacağı şeklinde formüle etmiştir. Taşınmazlar üzerindeki teminat hakkına ise mehaz kanunun aksine kanunnamenin 220. maddesinde değinilmemiştir.

Kanunnamenin 221. maddesinde ise mehaz kanundaki hükümlere benzerlik göstermeyen bir düzenleme sevk edilmiştir. Söz konusu hüküm, çeşitli durumlarda Ticârethâne-i Âmireye yazı yazılması zorunluluğunu getirmektedir.

Mehaz kanunun 525. maddesi ise iflâs idare memurları tarafından tutulan defter ve buna yönelik yapılacak itirazları ele almaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te buna benzer bir hüküm mevcut değildir. Her ne kadar

kanunnamenin 220. maddesinin ikinci cümlesi mehz kanunun 525. maddesine benzerlik gösterse de, 220. maddede itiraz konusu konkordato senedi iken, 525. maddedeki itirazın konusu iflâs idare memuru tarafından tutulan defterdir. Kaldı ki bizzat 525. maddenin açık ifadesinden anlaşıldığı üzere söz konusu defterle alakalı meseleler, konkordatonun tasdik edilerek iflâs idare memuruna tasdikini bildirilmesinden sonra gerçekleşmektedir. O yüzden kanunnamenin 220. maddesinin mehz kanunun 525. maddesi ile benzerlik gösterdiğini söylemek zordur.

Kanunnamenin 222. maddesinin mehz kanundaki 526. maddenin ilk fıkrası ile benzerlik taşıdığı görülür. Her iki hüküm de konkordatonun tasdik edilmemesine yönelik düzenleme getirmektedir. Ancak iki hüküm arasında birtakım farklılıklar olduğu da görülmektedir. Sözelimi, mehz kanunun 526. maddesinin birinci fıkrasında konkordatonun tasdik edilmemesine zemin teşkil edecek iki durumdan bahsedilmektedir: Ahlaka aykırılık (*inconduite*) ve hile (*fraude*). Bu durumlarda ticaret mahkemesinin konkordatoyu tasdik etmeyi reddedebileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın, kanunnamenin aynı konuyu düzenleyen 222. maddesinde üç durum zikredilmiştir: Kanunda öngörülen usullere, kamu menfaatine ve alacaklıların maslahatlarına aykırılık. Üstelik mehz kanunda mahkemeye konkordatonun tasdikini red konusunda takdir yetkisi bırakılmış iken, kanunnamenin 222. maddesinde takdir yetkisi söz konusu değildir. 222. maddenin ifadesi bu anlamda çok nettir: “Ticârethâne tarafından dahi tasdik olunamaz”. Dolayısıyla bu madde bağlamında Osmanlı kanun koyucusu mehz kanundan bu iki noktada ayrılmıştır. Bunlara ilaveten, mehz kanunun 526. maddesinin ikinci fıkrasında konkordatonun tasdiki halinde mahkemenin kararının müflis bakımından etkisi ele alınırken bu kısım da 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’e alınmamıştır.

1807 Fransız Ticaret Kanunu’nun ilgili sekizinci bölümünün ikinci kısmı (Section II) ve 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in söz konusu altıncı bâbının ikinci faslının mukayesesi sonucunda, her iki düzenlemedeki hükümlerin hem içerik hem de sistematik açıdan oldukça benzerlik taşıdığı görülür. Binaenaleyh, tıpkı dîbâcenin incelenmesinden anlaşıldığı gibi, her iki düzenlemedeki hükümlerin mukayesesinden de 1850 Kânûnnâme-i Ticâret hükümlerinin 1807 Fransız Ticaret Kanunu’ndan iktibas edildiği anlaşılmaktadır. Yapılan inceleme, kanunname hükümlerinin pek çok anlamda mehz kanun ile paralellik içerisinde olduğunu ortaya koymaktadır. Buna mukabil kanunname, içerik bakımından pek çok noktada mehz kanundan ayrılmış, kimi zaman mehz kanundaki hükümleri değiştirerek almış, kimi zaman mehz kanundaki bazı hükümleri almamış, kimi zaman da mehz kanunda yer almayan hükümlere yer vermiştir. Buradan hareketle Osmanlı hukukçularının mehz kanundan yapılan iktibas esnasında oldukça seçici davrandıkları, mehz kanunun birebir tercümesinden ziyade iktibas sürecinde kanuni düzenlemelere şekil verme anlamında daha aktif bir tavır tuttukları gözlemlenmektedir.

### 3.4. Geniş Anlamda Konkordatoya İlişkin Hükümler

Yukarıda da belirtildiği üzere 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in söz konusu altıncı bâbının birinci ve altıncı fasılları, büyük ölçüde 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun ilgili sekizinci bölümünün (Chapitre VIII) birinci ve üçüncü kısımları (*section*) ile benzerlik göstermektedir. Buna karşın 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te konkordato ile ilgili başlık mehzaz kanunun aksine bir üst seviyeye taşınmış ve böylece mehzaz kanundan farklı olarak birinci ve altıncı fasıllar da konkordato başlığının altına dahil edilmiştir. Birinci ve altıncı faslın konkordato ile ne ölçüde irtibatlı olduğu, bu iki faslın iktibas esnasında mehzaz kanuna ne ölçüde bağlı kaldığı ve hangi noktalarda mehzaz kanundan farklı bir yol izlendiği hususlarının tespiti için kanunnamenin birinci ve altıncı faslını daha yakından incelemekte yarar vardır (bkz. Tablo 3).

Tablo 3.

1850 Kânûnnâme-i Ticâret	1807 Fransız Ticaret Kanunu
Fasl-ı evvel: Ashâb-ı matlûbun sûret-i ictimâ' ve celbine dâ'irdir	Section I: De l'Assemblée des créanciers dont les créances sont vérifiées et affirmées
Madde 211: Alacak isbâtı için ta'yîn olunan sekiz gün mühletin inkizâsından üç gün güzêrânında, alacakları tahkik ve tasdik olunmuş veyâhud ihtiyâten deftere idhâl ettirilmiş olan alacaklılar Ticârethânenen ta'yîn kılınacak me'mûr ma'rifetiyle celb olunarak, konkordato senedinin müzâkere ve kararlaştırılması zımında meclis akdine ibtidâr oluna ve <b>bu bâbda Ticârethâne kapısı ve bros ve müflisin dükkân ve mağazası üzerine i'lânnâmeler ta'lik ve gazetelere dahi derc ve tahrîr ettirilerek, keyfiyyet i'lân ve işâat ve işbu i'lânnâmelere ve da'vet tezkirelerine akd olunacak meclisin sebebi beyan ve işâret kılın.</b>	Article 514: Dans les trois jours après l'expiration des délais prescrits pour l'affirmation des créanciers connus, les créanciers dont les créances ont été admises, seront convoqués par les syndics provisoires.
Madde 212: Ticârethânenen ta'yîn olunan me'mûr tarafından tahsis kılınan mahal ve yevm ve saatte, bervech-i bâlâ tasdik ve kabul olunmuş ve gerek ihtiyâten deftere idhâl ettirilmiş olan alacaklılar bizzat gelecek veyâhud vekillerini irsâl ederek me'mûr-ı mûmâileyh hâzır olduğu halde meclis akdine ve meclis-i mezkûra müflisin dahi celbine mübâderet oluna. Müflis-i merkûm hapishânenen ihrâc olunmuş veyâhud te'minnâmesini tahsil etmiş ise bizzat gelmeye mecbûrdur. Meğferki me'mûr-ı mûmâileyh tarafından makbûl olan özr-i şer'î tahakkukuna mebnî âharîni tevkile salâhiyeti ola.	Article 515: Aux lieu, jour et heure qui seront fixés par le commissaire, l'assemblée se formera, sous sa présidence il n'y sera admis que des créanciers reconnus, ou leurs fondés de pouvoirs.  Article 516: Le failli sera appelé à cette assemblée: il devra s'y présenter en personne, s'il a obtenu un sauf-conduit, et il ne pourra s'y faire représenter que pour des motifs valables, et approuvés par le commissaire.
Madde 213: İflâsın keyfiyyet-i ahvâli ve gerek rûsûm ve kavâid-i mer'iyyesinin icrâsı ve muâmelât-ı icâbiyyenin ifâsı, vekiller tarafından sâlifü'z-zikr akd olunacak meclise arz ve ifâde olunduktan ve ol halde müflis dahi istintâk ve istimâ' kılınduktan sonra, meclisce vekillerin ifâdât-ı vâkıaları bir kıt'a varakaya zabt ve tahrîr ve taraflarından imzâ ve temhîr olunarak, <b>varaka-yı merkûme Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûra teslim</b> ve me'mûr-ı mûmâileyh tarafından dahi meclisce olan müzâkere ve kararı hâvî bir kıt'a takrîr tanzîm kılın.	Article 517: Le commissaire vérifiera les pouvoirs de ceux qui s'y présenteront comme fondés de procuration: il fera rendre compte en sa présence, par les syndics provisoires, de l'état de la faillite, des formalités qui auront été remplies, et des opérations qui auront eu lieu: le failli sera entendu.  Article 518: Le commissaire tiendra procès-verbal de ce qui aura été dit et décidé dans cette assemblée.

1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 211. maddesinin ilk cümlesi anlam bakımından mehaz kanunun 514. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Mamafih diğer pek çok hükümde olduğu gibi kanunnamedeki bu hükme de mehaz kanunda yer almayan bir ekleme yapılmış ve konkordatonun müzakere ve kararlaştırılması için yapılacak toplantının alacaklılara ne şekilde duyurulacağına dair bir düzenleme sevk edilmiştir. Mehaz kanunun 514. maddesinde böyle bir düzenleme mevcut değildir.

Kanunnamenin 212. maddesi, mehaz kanunda yer alan iki madde ile paralellik arz etmektedir: 515 ve 516. maddeler. İki ayrı madde yerine kanunnamede tek bir madde sevk edilerek her iki konunun birlikte düzenlenmesi tercih edilmiştir.

Kanunnamenin 213. maddesinde de tıpkı 212. maddede olduğu gibi mehaz kanunda yer alan birden fazla hükmün tek bir madde çatısı altında birleştirildiği görülür. Sözelimi, kanunnamenin 213. maddesi mehaz kanunun 517. ve 518. maddeleri ile benzerlik taşımaktadır. Buna karşın 213. madde, mehaz kanunda yer almayan bir düzenleme olarak, toplantıda vekillerin ifadelerini içeren tutanağın “Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûra teslim” edileceği düzenlenmiştir.

Kanunnamenin 211 ve 212. maddelerine bakıldığı zaman, 211. maddede alacaklıları toplayan kişi ile 212. maddede toplantı yeri ve vaktini belirleyen kişinin aynı kişi olduğu, bu kişinin de Ticârethânedan tayin edilen memur olduğu görülür. Buna karşın mehaz kanuna bakıldığında bu kişilerden ilki iflâs idare memuru (*syndic*), ikincisi ise komiser (*commissaire*) olarak öngörülmüştür. Kanunname mehaz kanunun aksine böyle bir ayırım yapmamış ve her iki hükümde de aynı kişiyi görevlendirerek mehaz kanundan farklı bir yol izlemiştir. Bunun sebebinin kanunname tarafından iflâs idare memuru ve komiser arasında ayırım yapılmaması olduğu düşünülebilirse de, kanunnamede bu ayırımın mevcut olduğu 213. maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu maddede iflâs idare memuru ile komiser arasında ayırım yapılarak bunlardan birincisi “vekil”, ikincisi de “Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûr” olarak zikredilmiştir.

Tablo 4.	
1807 Fransız Ticaret Kanunu	1850 Kânûnnâme-i Ticâret
Fasl-ı sâdis: Alacaklıların ittîfâkı beyânındadır	Section III: De l'Union des Créanciers
<p>Madde 236: Konkordato mukâvelesi akd olunmadığı halde alacaklılar ittîfâk edip birlikte hareket etmek üzere istihkâk-ı tâmları derkârdır ve gerek iflâs umûrunun ru'yetine ve gerek vekillerin ibkâ ve tebdili menfaatine dâ'ir husûsâtın müzâkeresi zımında <i>Ticârethânen ta'yîn kılınan me'mûr tarafından</i> alacaklılar celb olunup imtiyâz ve istiğlâl ve rehin ci-hetleriyle alacakları mütehakkik olan alacaklılar işbu meclise dâhil olurlar ve <i>ashâb-ı matlûbâtın müddeâ ve i'tirâzlarını şâmil bir ku'a mazbata tahrîr olunup sâltifü'z-zıkr 170. madde mantûkunca mazbata-yı mezkûrenin meâlîne nazaran Ticârethâne tarafından karar verilir</i> ve ibkâ olunmayacak vekiller takrîrlerini yeni vekillere verib Ticârethâne me'mûru mûmâileyh dahi hâzır olmak ve müflis dahi îcâbı tak-dîrinde celb olunmak lâzımdır.</p>	<p>Article 527: S'il n'intervient point de traité, les créanciers assemblés formeront, à la majorité individuelle des créanciers présents, un contrat d'unions, ils nommeront un ou plusieurs syndics définitifs: <i>les créanciers nommeront un caissier chargé de recevoir les sommes provenant de toute espèce de recouvrement.</i> Les syndics définitifs recevront le compte des syndics provisoires, ainsi qu'il a été dit, pour le compte des agents, à l'article 481.</p>
	<p>Article 528: <i>Les syndics représenteront la masse des créanciers; ils procéderont à la vérification du bilan, s'il y a lieu.</i> <i>Ils poursuivront, en vertu du contrat d'union; et sans autres titres authentiques, la vente des immeubles du failli, celle de ses marchandises et effets mobiliers, et la liquidation de ses dettes actives et passives; le tout sous la surveillance du commissaire, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli.</i></p>
<p>Madde 237: İflâsın emvâl-i mevcûdesinden müflise bir mikdâr îâne-i nakdiyye i'tâsı husûsu hâzır bi'l-me-clis olan alacaklılar beyninde müzâkere olunarak, bu bâbda ekserisi râzı oldukları halde iflâsın emvâl-i mevcûdesinden bir mikdâr mebâlig' îâne nâmıyla mü-flise verilmek husûsuna müsâade kılımb, işbu îânenin mikdârı vekiller tarafından teklîf ve Ticârethânen ta'yîn kılınan me'mûr cânibinden tahsîs olunur. <i>Meğerki yalnız vekiller tarafından bu bâbda Ticârethâneye mürâcaat ve istid'â kılın.</i></p>	<p>Article 529: Dans tous les cas, il sera, sous l'approbation du commissaire, remis au failli et à sa famille, les vêtements, hardes et meubles nécessaires à l'usage de leurs personnes. Cette remise se fera sur la proposition des syndics, qui en dresseront l'état.</p>
	<p>Article 530: <i>S'il n'existe pas de présomption de banqueroute, le failli aura droit de demander, à titre de secours, une somme sur ses biens: les syndics en proposeront la quotité; et le tribunal, sur le rapport du commissaire, la fixera, en proportion des besoins et de l'étendue de la famille du failli, de sa bonne foi, et du plus ou moins de perte qu'il fera supporter à ses créanciers.</i></p>

<p>Madde 238: <i>Bir ticâret şirketinin iflâsı zuhûrunda şirketlerin biriyle veyâhud bir niceleriyle konkordato mukâvelesinin akdine râzı olmak alacaklıların yed-i ihtiyârlarındadır. Ol takdirde, şirketin bilcümle emvâl-i mevcûdesi müttefik alacaklıların taht-ı idârelerinde kalıp konkordatoyu tahsil etmiş kimselerin emvâl-i mahsûsaları şirket malından ihrâc olunarak bu makûleler ile akd olunacak mukâvele-i mahsûsada garâme akçesi hasran ve kasran şirket malından hâric eşyâdan te'diye olunmak taahhüdü münderic olur ve yalnız kendi nefsine âid bir konkordatoya destres olmuş olan şirket sâ'ir şirketler ile müteahhid olmakdan beri'ü'z-zimme olur.</i></p>	
<p>Madde 239: <i>İflâs vekilleri alacaklıların masa ta'bir olunur cem'iyeti tarafından bi'l-vekâle ifâ-yı düyûna me'mûr olup maamâfih müflisin emvâl-i mevcûdesi ile ticâret etmek üzere alacaklılar tarafından vekillere ruhsat verilir ve bu bâbda dâyinlerin meclis-i meşveretinden verilecek kararnâmede me'mûriyetlerinin vakt ve vüs'ati ve mesârifin ru'yetine medâr olmak üzere yedlerinde hıfz olunacak mebâliğin mikdârı tasrîh kılınmak lâzımdendir. Mebâliğ ve nüfûs cihetleriyle üç rub'una mutasarrıf ve ağleb olan alacaklıların re'yleri üzere Ticârethânedan ta'yin kılınan me'mûrun huzûrunda kararnâme-i merkûmeye teşebbüs olunur ve işbu kararnâmeye karşı muhâlefet ve i'tirâz etmek husûsu gerek müflisin ve gerek imzâkeş-i rızâ olmayan sâ'ir alacaklıların yedlerinde ise de işbu i'tirâzdan nâşi kararnâme-i merkûmenin icrâsı tevkîf olunamaz.</i></p>	
<p>Madde 240: <i>Vekiller emvâl-i iflâsı kullandıkları esnâda mevcûddan ziyâde muâmelât ve taahhüdâta girişirler ise, emvâl-i merkûmenin li-ecli't-ticâre isti'mâline ruhsat vermiş olan ashâb-ı matlûb verdikleri ruhsatnâmede muharrer şerâit mücibince emvâl-i iflâsdan kendülere râci' olan hisseden ziyâdesi için bizzat mes'ûl olub, her biri alacağının mikdârına nisbet mevcûddan tenâkus eden akçeyi te'diye ve ifâ eylemeye mecbûrdur.</i></p>	
<p>Madde 241: <i>Müflisin menkûlâtından olmayan emlâkı ve gerek menkûlâtından olan emtia ve eşyâsını fûrûht ile düyûn ve zimemâtının tanzim ve tesviyesi maddelerini ta'cil etmek üzere vekiller mecbûrdur ve husûsât-ı mezbûreye Ticârethânedan ta'yin kılınan me'mûr nezâretiyile teşebbüs olunup müflisin celb ve ihzârı lâzım gelmez.</i></p>	
<p>Madde 242: <i>Sâlifü'z-zikr 195. maddede muharrer kavâide imtisâlen müflise âid her gûne hukûk ve iddiâyı tesviye ve ru'yet etmek üzere vekiller me'zûn olup ol bâbda müflisin muhâlefeti mesmû' değıldir.</i></p>	



<p>Madde 243: <i>Ber-vechi-bâlâ ittifâk üzere olan alacaklılar ittifâklarının ibtidâsı senesinde hiç olmaz ise bir defa ve icâb eylediği halde âti senelerinde iktizâsına göre akd-i meclis etmek üzere Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr ma'rifetiyle celb olunur</i> ve mecâlis-i merkûmede vekiller iflâs umûrunu teveccühle idâre ve tesviye ettiklerinin takrîrini vermeye mecbûrdurlar ve bâlâda mezkûr 170. ve 236. maddelerde tasrîh olunan kavâide tabîkan me'mûriyetlerinde ibkâ veyâhud icâbına göre azl ve tebdilleri icrâ olunur.</p>	<p>Article 531: Toutes les fois qu'il y aura union de créanciers, le commissaire du tribunal de commerce lui rendra compte des circonstances. Le tribunal prononcera, sur son rapport, comme il est dit à la section II du présent chapitre, si le failli est ou non excusable, et susceptible d'être réhabilité. En cas de refus du tribunal de commerce, le failli sera en prévention de banqueroute, et renvoyé, de droit, devant le magistrat de sûreté, comme il est dit à l'article 526.</p>
<p>Madde 245: Müflisin ma'zûriyyet-i ahvâline dâ'ir alacaklıların karar re'yleri ve gerek iflâsın keyfiyyet-i vukû'u ve hâlât-ı sâ'iresine mütedâ'ir bir küt'a takrîr Ticârethâne me'mûru tarafından arz ve takdîm olunub, müflisin ma'zûr olup olmayacağı Ticârethânedan hükümlenir.</p>	
<p>Madde 246: Müflisin ma'zûr olmadığı i'lân olduğu takdîrde beher dâyin kendi alacağına dâ'ir müflisin zâtı ve emvâli hakkında dava etmeye ez-ser-i nev' salâhiyeti hâsıl olur. <i>Ma'zûr olmak üzere hükümlenildiği takdîrde iflâsından dolayı alacaklıların davaları için habs olunmak mecbûriyetinden tahlîs olunarak min ba'd nefsine dokunulmayıp fakat emvâlinde dava olunur. Şu kadar ki kavânîn-i mahsûsa ile derkâr olan bazı istisnâlara riâyet kılınur.</i></p>	
<p>Madde 244: <i>Müflisin hesâbları kat' ve tesviye olundukda alacaklı Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr ma'rifetiyle celb olunup vekiller dahi işbu son meclisde me'mûriyetlerinin nefcesinden takrîrlerini vererek müflisin bi'n-nefs bulunması veyâhud iktizâsı üzere celb ve ihzâr olunması lâzîmedendir ve müflisin ma'zûriyyet ahvâline dâ'ir ashâb-ı matlûbât re'ylerini söyleyip ol bâbda bir küt'a mazbata tahrîri ile alacaklıların her biri mülâhazât ve i'tirâzâtını ol mazbatada derc eylemek üzere me'zûn olup meclis-i mezbûrun hitâmından sonra müttefik alacaklıların cem'iyeti bi'l-istihkâk hal ve tefrîk olunur.</i></p>	
<p>Madde 247: <i>Hüleli iflâs irtikâb edenler ve kendi malları olmayan eşyânın fûrûhtuna mütasaddi olanlar ve gerek sirkat ve dolandırıcılık veyâhud kendilerine i'timâd olunan şeye hyânet ve taaddî ile müttehem olan ve be-tahsîs emvâl-i mürîyyenin sarf ve istihlâkine cesâret eden kimseler ma'zûr olmak üzere hükümlenmek câiz değildir.</i></p>	
<p>Madde 248: <i>Tüccârdan medyûn olanların emvâl-i mevcûdesini alacaklılara terk ve i'tâ eylemek husûsunda vukû' bulan istid'âlari şâyân-ı kabûl değildir.</i></p>	

Altıncı fasıl “alacaklıların ittifâkı” müessesine ilişkin hükümler sevk etmektedir (bkz. Tablo 4). 1850 Kânûnnâme-i Ticâret’in 236. maddesinden anlaşılacağı üzere “alacaklıların ittifâkı” müessesesi “konkordato mukâvelesi akd olunamadığı” durumlarda iflâsın sonuçlandırılabilmesi için öngörülen bir yoldur.

Kanunnamenin 236. maddesi düzenlediği konu bakımından mehaz kanunun 527. maddesi ile paralellik arz etmektedir. Ancak iki hüküm arasında çeşitli farklılıklar söz konusudur. Öncelikle, kanunnamenin 236. maddesinde alacaklıların toplanması ile ilgilenen kişinin Ticârethâne tarafından tayin edilen memur olduğu ifade edilmesine karşın mehaz kanunda buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Keza, mehaz kanunun aksine, imtiyazlı alacaklılar ile uhdelerinde bir teminat hakkı bulunan alacaklıların da alacaklılar meclisine katılacakları kanunnamenin 236. maddesinde özel olarak zikredilmiştir. Buna ilaveten, yine mehaz kanunda bulunmayan bir husus olarak, aynı hükümde “ashâb-ı matlûbâtın müddeâ ve i'tirâzlarını şâmil bir kıt'a mazbata tahrîr olunup sâlifü'z-zikr 170. madde mantûkunca mazbata-yı mezkûrenin meâline nazaran Ticârethâne tarafından karar verilir” düzenlemesi yer almıştır. Mehaz kanunun aksine kanunnameye bu yönde özel bir düzenleme getirilerek bu konuda yetkinin Ticârethâneye bırakılması, Osmanlı kanun koyucusunun süreçte devlet organları vasıtasıyla müdahale etme hususunda Fransız kanun koyucusuna nazaran bir nebze daha istekli olduğu şeklinde yorumlanabilir. İlave olarak, mehaz kanunun 527. maddesine göre toplanan alacaklıların yapılacak her türlü ödemeyi teslim almakla görevli bir tahsildar (*caissier*) tayin edecekleri hükme bağlanmışken kanunnameye bu yönde bir ifade yer almamıştır.

Mehaz kanunun 528. maddesinde, bir önceki madde uyarınca alacaklılar tarafından tayin edilen kesin iflâs idare memurlarının (*sydincs définitifs*) görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler sevk edilmiştir. Buna göre kesin iflâs idare memurları alacaklıları temsil eder, gerektiğinde bilançoların doğrulanması ile ilgilenir, komiserin gözetimi altında müflise ait malların satımı ve borçların paraya çevrilmesi işini yürütür. Ancak 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te buna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Kanunnamenin 237. maddesinde düzenlenen borçluya bırakılacak malvarlığı hususu mehaz kanunun 529 ve 530. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunnamenin 237. maddesi ile mehaz kanunun 529. maddesi bu noktada anlam bakımından benzerlik arz ederken, mehaz kanunun 530. maddesinde borçlunun hileli müflis olup olmamasına göre yapılan ayırım kanunnamenin 237. maddesinde yer almamıştır.

Zikre değer bir husus olarak, kanunnamenin 238 ilâ 242. maddeleri arasında düzenlenen şirketin iflâsı halinde konkordato, müflisin malları üzerinde vekiller tarafından tasarrufta bulunulması ve bunlarla ilişkili olan hususlar mehaz kanunda yer almamaktadır. Söz konusu hükümler mehaz kanunda yer almamasına karşın Osmanlı kanun koyucusu tarafından kanunnameye ayrıca ilave edilmiştir. Bu ilavenin başka bir kanuna mı dayandığı, yoksa Osmanlı hukukçularının kaleminden mi çıktığı hususu bir kenara, başlı başına böyle bir ilavenin yapılmış olması Osmanlı kanun koyucusunun iktibas esnasında lüzumlu gördüğü takdirde mehaz kanunda yer almayan hususları müstakil olarak düzenlemekte tereddüt etmediğini ortaya koyması bakımından önemlidir.

Kanunnamenin 243. maddesi, kısmen mehaz kanunun 531. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle benzerlik göstermektedir. Mehaz kanundaki hüküm alacaklıların her toplanışında komiserin alacaklıları durum hakkında bildireceğini öngörürken, buna ilave olarak kanunnamenin 243. maddesinde alacaklıların toplanması konusunda Ticârethânededen tayin edilen memura görev verilmiş, kesin iflâs idare memurlarının görevde bırakılması ve azli hususlarının bu toplantılarda görüşüleceği hükme bağlanmıştır.

Kanunnamenin 244. maddesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla, mehaz kanundaki herhangi bir hüküm ile benzerlik göstermemektedir.

245. madde, mehaz kanunun 531. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile konu bakımından paralellik arz etmekte ve her iki düzenleme de müflisin itibarının iadesini düzenlemektedir.

246. maddenin ilk cümlesi ile mehaz kanunun 531. maddesinin ikinci fıkrası, müflisin mazur olduğunun Ticârethane ve ticaret mahkemesi tarafından reddedilmesi ihtimalini düzenlemektedir. Mamafih 246. maddenin devamında, mehaz kanunun aksine, mazur olma talebinin kabul edilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

Son olarak, mehaz kanunda kanunnamenin 247 ve 248. maddelerine benzerlik gösteren hükümler tespit edilememiştir.

Görüldüğü üzere, birinci ve altıncı fasıllar her ne kadar dolaylı olarak konkordato ile ilişkili de olsa, bu hükümlerin konkordato ile doğrudan ilgili olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hükümler daha ziyade alacaklıların toplanmasına dair düzenlemeler içermektedir. Binaenaleyh konkordato ile ilgili başlığın, altı faslın tümünü kapsayacak şekilde bir üst seviyeye çıkarılması kanaatimizce Osmanlı kanun koyucusunun yaptığı isabetsiz bir değişikliktir. Bunun yanında, birinci ve altıncı faslın incelenmesi, her iki fasılda da mehaz kanuna nazaran belli oranda değişiklik ve eklemeler yapıldığını, keza bazı hükümlerin alınmamasının tercih edildiğini göstermektedir.

### 3.5. Mehaz Kanunda Yer Almayan Hükümler

1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun konkordatoya ilişkin bölümünün (Chapitre VIII) üç kısımdan (*section*) müteşekkil olmasına karşın 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in konkordatoya ilişkin altıncı bâbı altı fasıldan oluşmaktadır. Bu bâblardan birinci, ikinci ve altıncısına yukarıda değinilmiştir. Bununla birlikte altıncı bâbda düzenlenen diğer üç fasıl, sözgelimi üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllar, tespit edebildiğimiz kadarıyla mehaz kanunda yer almayan düzenlemelerden oluşmaktadır (fasılların tam metni için bkz. EK-3). Bu fasıllardan üçüncü faslın başlığında, söz konusu faslın konkordatonun hükümlerinin icrasına müteallik olduğu ifade edilmektedir. Bu

fasılda alacağı teminat altına alınmış alacaklılar, konkordatonun tasdikinden sonra konkordatonun ilga ve iptal edilmesine yönelik talepler, vekillerin görevlerinin sona ermesi gibi hususlar düzenlenmektedir. Konkordatonun hükmen ilgası, feshi ve icra edilmemesine yönelik hükümleri havi dördüncü fasılda konkordatonun tasdikinden sonra hileli iflâs durumunun öğrenilmesi, tasdikten sonra hileli iflâs hususunda dava açılması ve hileli iflâs hükmü verilmesinin sonuçları gibi konular hakkında hükümler sevk edilmiştir. Beşinci fasıl ise borçlunun malvarlığının yetersizliği sebebiyle iflâsın kapatılması hususunda hükümler içermektedir.

Söz konusu üçüncü, dördüncü ve beşinci fasılların mehzar kanunda herhangi bir karşılığını tespit edemediğimiz gibi, bu fasılların kaynağının neresi olduğu konusunda da herhangi bir bilgiye sahip değiliz. Bu hükümleri Osmanlı kanun koyucusu kendi tasarrufu ile sevk etmiş olabileceği gibi, mehzar kanun olan 1807 Fransız Ticaret Kanunu dışında başka bir kanundan alınmış olma ihtimali de söz konusudur. Ancak her iki durumda da ilgili hükümlerin mehzarın 1807 Fransız Ticaret Kanunu olmadığı açıktır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, kanunnamenin dîbâcesinde açıkça zikredilmemiş olmakla beraber gerek düzenlediği konularından, gerek sistematik yapısından 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan alındığı açıktır. Camiç Ohannes Efendi'nin yaptığı tercüme Fransız Ticaret Kanunu'nun 1807 tarihli versiyonuna dayandığına göre,<sup>44</sup> Osmanlı kanun koyucusunun mehzar kanun olan 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan açıkça saptığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

#### 4. Genel Değerlendirme ve Sonuç

##### 4.1. 1850 Kânûnnâme-i Ticâret ve 1807 Fransız Ticaret Kanunu Arasında Nicel Bir Mukayese Denemesi

1807 Fransız Ticaret Kanunu ve 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in içeriklerini ve genel anlamda farklılaştıkları maddeleri ele aldıktan sonra, iki kanun arasındaki farkları bütüncül bir bakış açısıyla ele almakta yarar vardır. İki düzenleme arasında yapılacak nicel bir mukayese, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'ndan ne surette ve ne ölçüde iktibas edildiğine dair önemli ipuçları ihtiva etmektedir (bkz. Tablo 5).

<sup>44</sup> Cin ve Akgündüz (n 10) 731.

Tablo 5<sup>45</sup>.

	İlgili başlık	Madde sayısı	Kelime sayısı	Karakter sayısı
<b>1850 Kânûn-nâme-i Ticâret</b>	Fasl-1 evvel	3	229	1719
	Fasl-1 sâni	9	617	4779
	Fasl-1 sâlis	4	209	1680
	Fasl-1 râbi'	7	492	3868
	Fasl-1 hâmis	2	128	971
	Fasl-1 sâdis	13	777	6098
	Altıncı bâb (toplam)	38	2452	19115
***				
<b>1807 Fransız Ticaret Kanunu</b>	Section I	5	155	970
	Section II	8	383	2515
	Section III	5	318	1945
	Chapitre VIII (toplam)	18	856	5430

Yukarıda 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te yer alan birinci fasıl ile 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nda yer alan birinci kısım (*section*), ikinci fasıl ile ikinci kısım, altıncı fasıl ile üçüncü kısım arasında benzerlik ilişkisi bulunduğunu ifade etmiştik. Bunlardan ilk ilişkiye baktığımız zaman birinci fasılın mehzar kanundaki benzerine kıyasen daha az sayıda madde içerdiği ve fakat bu maddelerin içeriklerinin daha uzun olduğu gözlemlenmektedir. İkinci ilişkide ikinci fasıl ile mehzar kanundaki benzeri arasında madde sayısı bakımından çok fark bulunmadığı, buna mukabil yine madde içeriklerinin uzunluğu bakımından kanunnamenin daha ayrıntılı olduğu görülür. Üçüncü ilişkide ise altıncı fasılda yer alan madde sayısı mehzar kanundaki madde sayısının yaklaşık üç katı, kelime ve karakter sayısı ise yaklaşık iki buçuk katıdır. Her iki grubun da üst başlığı olan altıncı bâb ile sekizinci bölüm (*chapitre*) arasında bir mukayese yapıldığı zaman ise, mehzar kanunda yer almayan diğer üç fasılın da dahil olması ile, aradaki farkın oldukça yüksek olduğu görülür: Altıncı bâbda yer alan toplam madde sayısı, mehzar kanunun sekizinci bölümünde yer alan madde sayısının iki katından fazladır. Keza altıncı bâbda yer alan kelime ve karakter sayısı mehzar kanunun sekizinci bölümünde yer alan kelime ve karakter sayısının üç katına yakındır. Dolayısıyla 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in mehzar kanun olan 1807 Fransız Ticaret Kanunu'na nazaran çok daha uzun ve ayrıntılı olduğu ve iki düzenleme arasında ciddi farklar bulunduğu aşikardır.

Yukarıda zikredildiği üzere kanunnamenin birinci, ikinci ve altıncı faslı, mehzar kanundaki düzenlemelerle belirli oranlarda benzerlik gösterirken, kanunnamenin üçüncü, dördüncü ve beşinci kısımlarına benzer düzenlemeler tespit edebildiğimiz kadarıyla mehzar kanunda mevcut değildir. Mehzar kanunda bulunmayan ve Osmanlı kanun koyucusu tarafından ayrıca ilave edilen bu düzenlemelerin, mehzar kanunla benzerlik gösteren diğer hükümler ile mukayesesi, Osmanlı kanun koyucusunun

<sup>45</sup> Kelime ve karakter sayısını hesaplarken tarafımızca eklenen noktalama işaretleri de hesaba dahil edilmiş, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te yer alan dipnotlar ise kapsam dışı bırakılmıştır.

mehaz kanundan ne derece farklılaşan bir yol izlediğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir (bkz. Tablo 6).

Tablo 6.

	İlgili başlık	Madde sayısı	Kelime sayısı	Karakter sayısı
<b>Mehaz kanunda benzeri bulunan</b>	Fasl-ı evvel	3	229	1719
	Fasl-ı sâni	9	617	4779
	Fasl-ı sâdis	13	777	6098
	Üç faslın toplamı	25	1623	12596
	Toplam yüzde	%65,78	%66,19	%65,89
***				
<b>Mehaz kanunda benzeri bulunmayan</b>	Fasl-ı sâlis	4	209	1680
	Fasl-ı râbi'	7	492	3868
	Fasl-ı hâmis	2	128	971
	Üç faslın toplamı	13	829	6519
	Toplam yüzde	%34,21	%33,80	%34,10

Mehaz kanunda benzeri yer almayan üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllar hem içerdikleri toplam madde sayısı, hem kelime sayısı, hem de karakter sayısı bakımından diğer üç faslın yekûnunun yaklaşık yarısı kadar maddeye, kelimeye ve karaktere sahiptir. Başka bir ifadeyle, altıncı bâbda yer alan yaklaşık her üç maddeden, kelimedenden ve harften biri, mehaz kanunda benzeri yer almayan düzenlemelere aittir. Bu noktada dikkat çekici bir diğer husus, yukarıda da değinildiği üzere, birinci, ikinci ve altıncı faslın içerisinde de mehaz kanunda benzeri bulunmayan bazı hükümlerin yer almasıdır (mesela 218 ve 219. maddeler). Keza mehaz kanunda yer almasına rağmen 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'e alınmayan maddelerin bulunduğu da yukarıda değinilmişti (mesela 525 ve 528. maddeler). Dolayısıyla birinci, ikinci ve altıncı fasıl da mehaz kanunla birebir benzerlik içerisinde bulunmamaktadır. O yüzden mehaz kanunda benzeri bulunmayan fasıllar bakımından tespit edilen %33-34 civarındaki farklılık oranı aslında daha yüksektir. Eşdeyişle, Osmanlı kanun koyucusunun mehaz kanundan farklı düzenlemeler sevk etme oranı üçte birden daha yüksektir. Bu yüksek oran, Osmanlı kanun koyucusunun mehaz kanununun iktibas esnasında ciddi oranda değişiklik, ekleme ve çıkarmaya gittiğini ve mehaz kanunu alırken hükümleri Osmanlı bağlamına uygun hale getirmeye gayret ettiğini göstermesi bakımından önemlidir. Osmanlı kanun koyucusunun bu tutumunun, iktibas sürecinde mehaz kanuna fazlaca müdahale etme ve değişiklikler ortaya koyma, başka bir ifadeyle “pasif iktibas” yerine “aktif iktibas” yolunu tercih etme olarak yorumlanabileceği kanaatindeyiz.

#### 4.2. 1850 Kânûnnâme-i Ticâret, 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun Tercümesinden mi İbaretti?

Literatürde bir grup yazarın, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun aynen tercümesi olduğu yönünde görüş bildirdiği yukarıda zikredilmişti.

Çalışmamız bu görüşün isabetsiz olduğunu göstermiştir. Konkordato özelinde bakıldığında 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in içerdiği her üç hükümden, kelimeden veya harften en az bir tanesinin mehz kanunda karşılığı bulunmamaktadır. Başka bir deyişle Osmanlı kanun koyucusu kanunnameye mehz kanundan yapılan iktibasın yaklaşık yarısından fazla oranda ekleme ve çıkarma yapmıştır. Bu nedenle kanunnamenin 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun bir tercümesinden ibaret olduğu kanaatinin en azından konkordato kısmı bakımından hatalı olduğu açıktır. Kanunnamenin diğer kısımlarına yönelik yapılacak çalışmalar, ortaya daha bütüncül ve daha doğru bir fotoğraf çıkmasına imkan sağlayacaktır.

### 4.3. Bir Hukuk Aşılması (*Legal Transplant*) Olarak 1850 Kânûnnâme-i Ticâret

Değirmek istediğimiz son husus, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in kötü bir hukuk aşılması (*legal transplant*) olduğuna ilişkin değerlendirmedir. Bu konuda Foster, özetle şunları söylemektedir: 1807 Fransız Ticaret Kanunu temelde medeni kanunun bir parçası olarak tasarlanmıştı ve ticaret kanununun düzgün işleyebilmesi için gerekli hükümlerden bazıları medeni kanun içerisinde yer almaktaydı. Dolayısıyla mülkiyet ve sözleşmeler gibi alanlara ilişkin hükümler iktibas edilmeksizin sadece ticaret kanununun iktibas edilmesi bir anlam ifade etmemekteydi. Üstelik 1807 Fransız Ticaret Kanunu niteliği düşük bir kanun olup ekonomik kalkınmayı sağlamaya elverişli değildi. Buna ilave olarak iktibasın temelde politik ve ekonomik kaygılara dayanması, sürecin hukukçular değil siyasiler ve bürokratlar tarafından yürütülmesini beraberinde getirmişti. Hukukçular bu sürece ancak nispeten geç dahil edilmişti ve bu hukukçulardan Ahmed Cevdet Paşa dışındakiler sağlam bir hukuk bilgisine sahip değillerdi. Son olarak, o vakte kadar benzeri bir iktibas girişiminde bulunulmadığı için tecrübe eksikliği de söz konusuydu. Sonuç olarak, Foster'a göre, çeşitli sebeplerden dolayı o dönemki Osmanlı devlet adamlarının elinden gelenin en iyisi bu idiye de her halükârda 1850 Kânûnnâme-i Ticâret kötü bir hukuk iktibasıydı.<sup>46</sup> Mallat da şirketlere ilişkin temel hükümlerin yer aldığı medeni kanunun iktibas edilmemesi, ticaret kanununda anonim şirkete ilişkin yalnızca iki hüküm bulunuyor olması, şirket paylarına ve pay sahiplerine ilişkin hükümlerin oldukça kısa olması gibi hususlara vurgu yaparak benzer bir görüşü paylaşmaktadır.<sup>47</sup>

Ağır ve Artunç şirketlere ilişkin hükümlerin az sayıda ve kısa olduğunu kabul etmekle beraber meseleye farklı bir açıdan yaklaşmakta ve bu durumun sebebinin daha fazla sayıda hükme ve bunların daha fazla ayrıntı içermesine gerek bulunmadığı olabileceğine vurgu yapmaktadır. Nitekim yazarlar kurulacak bir şirketin esas sözleşmesinin Osmanlı yönetimi tarafından onaylanması gerektiği için, kanunda

<sup>46</sup> Foster (n 24) 35–38.

<sup>47</sup> Mallat (n 11) 102–104.

özel olarak ifade edilmeyen hususların bu onay süreci boyunca çeşitli şekillerde uygulanabilir oluşunun, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'te bu hususlarda ayrıca düzenleme sevk etmeyi gereksiz kıldığı ihtimalinin üzerinde durmaktadır.<sup>48</sup>

Foster ve Mallat'ın ileri sürdükleri görüşler dikkat çekicidir. Bu görüşler bağlamında, bu çalışma kapsamında incelediğimiz kadarıyla Osmanlı kanun koyucusu, konkordato özelinde mehaz kanuna sıkı sıkıya bağlı kalmamış, mehaz kanundan aldığı kabaca her iki hüküm için bir yeni hüküm kendisi ilave etmiştir. İlave edilen bu hükümlerin mehaz kanunda yer almamasının sebebini tespit için ayrıca müstakil bir çalışmaya ihtiyaç bulunmakla beraber, bu duruma sebep olarak mehaz kanunda yer alan düzenlemelerin eksik olduğunun düşünülmüş olması akla gelen ihtimaller arasındadır. Bu durum gerekçesi ne olursa olsun, Osmanlı kanun koyucusunun iktibas esnasında, en azından konkordato bakımından, gerekli gördüğü hallerde ilave hüküm sevk etmekte tereddüt etmediği söylemek yanlış olmayacaktır. Kanun koyucunun tutumu tüm kanun açısından bu şekilde ise, 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in kötü bir hukuk aşılması olduğunu söylemek en azından teorik düzlemde hatalı bir yargı olarak görünmektedir. Bu konuda daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için kanunnamenin konkordato dışındaki diğer kısımlarına ilişkin olarak gelecekte yapılacak yeni çalışmalar aydınlatıcı nitelikte olacaktır.

#### 4.4. Sonuç

Bu çalışmada Osmanlı hukuk modernleşmesinin önemli bir ayağını oluşturan kanunlaştırma hareketlerinden 1850 Kânûnnâme-i Ticâret ve onun mehazını oluşturan 1807 Fransız Ticaret Kanunu ele alınmıştır. Metninde veya dibâcesinde mehazı açıkça zikredilmemiş olmasına rağmen kanunnamenin 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun bir uyarlaması olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Her iki düzenlemenin de konkordatoya ilişkin hükümlerini mukayeseli şekilde ele aldığımız bu çalışmada, literatürde ileri sürüldüğünün aksine 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun birebir tercümesi olmadığı ortaya koyulmuştur. Kanunnameye konkordatoya ilişkin yer alan her üç hükümden en az biri, mehaz kanunda bulunmayıp Osmanlı kanun koyucusu tarafından ayrıca kanunnameye dahil edilmiştir. Keza konkordatoya ilişkin hükümlere genel olarak bakıldığında pek çok konuda Osmanlı kanun koyucusunun mehaz kanundan sık sık ayrıldığı gözlemlenmektedir. Binaenaleyh 1850 Kânûnnâme-i Ticâret 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun birebir tercümesinden ibaret olmadığı gibi, iktibas sürecinde Osmanlı kanun koyucusu "aktif" bir tavır takınmış, iktibas esnasında mehaz kanunun hükümleri üzerinde ciddi anlamda değişiklik yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyaç bir anlamda kanunu mahallî bir bağlama oturtma çabası olarak da algılanabilir.

<sup>48</sup> Ağır ve Artunç (n 23) 14.



İktibasın hukuk pratiğine yansımından ziyade Osmanlı kanun koyucusunun iktibas sürecindeki tutumu üzerinden 19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesinin ele alındığı bu çalışmada tabii olarak Osmanlı hukuk pratiğine ve iktibasın pratik sonuçlarına değinilmemiştir. Bu konuda yapılacak yeni çalışmalara iktibasın iktisadî, sosyal ve pratik anlamda nasıl sonuçlar doğurduğunu ortaya koyacak olması bakımından ihtiyaç duyulmaktadır. Keza 19. yüzyıl Osmanlı hukuk modernleşmesinin fikrî ve teorik arkaplanını daha iyi anlayabilmek için hem 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in konkordatoya ilişkin hükümler dışındaki diğer kısımlarına, hem de 19. yüzyılda gerçekleştirilen diğer iktibas hareketlerine yönelik çalışmalar son iki asırdan beri devam eden hukukî modernleşme sürecine daha iyi nüfûz edebilmeyi sağlayacak olması bakımından büyük önemi haizdir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

## Bibliyografya/Bibliography

- Ade M, 'Ottoman Commercial Law and Its Practice in Aleppo Province (1850-1880)' içinde Suraiya Faroqhi ve Gilles Veinstein (editör), *Merchants in the Ottoman Empire* (Peeters 2008)
- Ağır S ve Artunç C, 'Set and Forget? The Evolution of Business Law in the Ottoman Empire and Turkey' [2021] *Business History Review* 1
- Ahmad AA, *Islamic Law: Cases, Authorities and Worldview* (Bloomsbury Academic 2017)
- Aksoy A, 'İslam Hukukunda Konkordato: Ödeme Güçlüğü İçindeki Borçlu Hakkında Öngörülen Düzenlemeler' (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2002)
- Altuğ Y, 'Compositions in Bankruptcy' (1970) 36 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 672
- Asal B, 'Yasalaştırma: Kodifikasyon teorisi ve politikası' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013)
- Atar F, *İslâm İcra ve İflas Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1990)
- Awad A ve Michael RE, 'Ifilas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy' (2010) 44 *The International Lawyer* 975
- Aydın MA, *Türk Hukuk Tarihi* (14. baskı, Beta Yayıncılık 2017)
- Bozkurt G, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci* (Türk Tarih Kurumu Yayınları 1996)
- Burak G, 'Codification, Legal Borrowing and the Localization of "Islamic Law"' içinde Khaled Abou El Fadl, Ahmad Atif Ahmad ve Said Fares Hassan (editör), *Routledge Handbook of Islamic Law* (Routledge 2019)
- Çakır C ve Akkuş Y, 'Osmanlı İstanbul'unda Ticaret', *Antik Çağ'dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A Ş Yayınları 2015) 154
- Cin H ve Akgündüz A, *Türk Hukuk Tarihi* (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2017)

- Code Civil, yani Fransa Kânûn-ı Medenîsi* (Nazaret Hilmi tercümesi, Karabet ve Kasbar Matbaası 1303)
- Code de commerce* (5. baskı, Clament Frères 1808)
- Düstûr: Tertîb-i Evvel*, vol 1 (Matbaa-yı Âmire 1289)
- Engelhardt E-P, *Türkiye ve Tanzimat Hareketleri* (Ayda Düz tercümesi, Milliyet Yayınları 1976)
- Foster NHD, 'Islamic Commercial Law: An Overview (I)' [2006] *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1
- , 'Commerce, Inter-Polity Legal Conflict and the Transformation of Civil and Commercial Law in the Ottoman Empire' (2013) *17 Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* 1
- Gayretli M, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kanunlaştırma Çalışmaları* (Nizamiye Akademi 2015)
- Gümüş M, 'Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları' [2013] *Tarih Okulu* 163
- Gürzumar F ve Gürzumar T, *Kaanûnnâme-i Ticâret ve Zeyilleri* (Ali Himmet Berki editör, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1962)
- Hallaq WB, 'Can the Shari'a Be Restored?' içinde Yvonne Yazbeck Haddad ve Barbara Freyer Stowasser (editör), *Islamic law and the challenges of modernity* (AltaMira Press 2004)
- , *An Introduction to Islamic Law* (Cambridge University Press 2009)
- Hilmi N, *Termes judiciares* (Karabet ve Kasbar Matbaası 1304)
- İnce M, 'Modernleşme sürecinde toplumsal kontrol aracı olarak mahkemeler: Nizamiye Mahkemeleri örneği' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2023)
- Kenanoğlu MM, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku* (Lotus Yayınevi 2005)
- Kılınç A ve Karakaya H, 'Batılı Devletlerin Karma Ticaret Mahkemelerinde Mecelle'nin Uygulanmasına Yönelik Eleştirilerinin Değerlendirilmesi' (2022) *2 Kırkkale Hukuk Mecmuası* 59
- Lewis B, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Metin Kıratlı tercümesi, 5. baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları 1993)
- Mallat C, 'Commerical Law in the Middle East: Between Classical Transactions and Modern Business' (2000) *48 American Journal of Comparative Law* 81
- Mardin E, 'Development of the Shari'a under the Ottoman Empire' içinde Majid Khadduri ve Herbert J Liebesny (editör), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, vol 1 (The Middle East Institute 1955)
- Mardin Ş, *Türk Modernleşmesi* (İletişim Yayınları 1991)
- Orhan A ve Akkuş MS, 'Türk Hukuk Sisteminde Konkordato Uygulamasının İslam Hukuku ve Ekonomisi Açısından Değerlendirilmesi' (2021) *11 Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 519
- Ortaylı İ, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı* (2. baskı, Hil Yayın 1987)
- Pekcanitez H ve Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat Kitapçılık 2018)
- Rubin A, 'British Perceptions of Ottoman Judicial Reform in the Late Nineteenth Century: Some Preliminary Insights' (2012) *37 Law & Social Inquiry* 991
- Temperley HWV, *England and the Near East: The Crimea* (Longmans, Green and Co 1936)

- Toprak Z, 'From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire' içinde Anna Frangoudaki ve Çağlar Keyder (editör), *Ways to Modernity in Greece and Turkey: Encounters With Europe, 1850-1950* (I B Tauris 2007)
- Tyan E, 'Ifas et Procedure d'execution Sur Les Biens En Droit Musulman (Madhab Hanafite)' [1964] *Studia Islamica* 145
- Üçok C, Mumcu A ve Bozkurt G, *Türk Hukuk Tarihi* (17. baskı, Turhan Kitabevi 2015)
- Ülger M, 'Miftahü'l-Fünun'un Müterciminin Kimliği Hakkında Bir İnceleme' (2017) 22 Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 125
- Uyar T, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (2. baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2019)
- Watson A, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2. baskı, University of Georgia Press 1993)
- Yasan M, 'The Modernisation (Europeanisation) Process of the Turkish Commercial Law from 1850 to the Present' (2019) 12 Z Dziejów Prawa 271
- Yılmaz Y, *Son Dönem Osmanlı Hukuk Düşüncesi* (Bir Yayıncılık 2018)
- Young WE, *The Dialectical Forge: Juridical Disputation and the Evolution of Islamic Law* (Springer 2017)

## EKLER

### EK-1: 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in kısım, fasıl ve bâbları<sup>49</sup>

#### KÂNÛNNÂME-I TİCÂRET

**Kânûn-ı ticâretin kısım-ı evveli:** Ale'l-ıtlâk ticâret ve kısım-ı sânisî dahi ahvâl-i iflâs beyânında olup ale'l-ıtlâk muâmele-i ticâreti müştemil olan kısım-ı evvel fusûl-i adîdeyi şâmindir

**Fasl-ı evvel:** Tüccâr hakkındadır

**Fasl-ı sâni:** Her bir tâcirin tutmaya mecbûr olduğu defâtir beyânındadır

**Fasl-ı sâlis:** Akd-i şirket beyânındadır

**Fasl-ı râbi':** Komisyon yani sipâriş tarîkiyle ticâret beyânındadır

**Fasl-ı hâmis:** Berren ve bahren eşyâ nakl ve îsâline me'mûr sipârişkâr ve emânetçiler beyânındadır

**Fasl-ı sâdis:** Beyne't-tüccâr mütedâvil olan poliçe usûlü beyânındadır

Ciro yani havâle keyfiyeti beyânındadır

**Kısım-ı sâni:** Ahvâl-i iflâs beyânında olup bu dahi nice fusûlü şâmindir

**Fasl-ı evvel:** İflâs keyfiyetinin beyân ve i'lânına dâ'ir olarak çend bâbı müştemildir

**Bâb-ı evvel:** İflâsın i'lânına dâ'irdir

**İkinci bâb:** İflâsı zuhûr eden şahsın umûr ve mesâlihine nezâret etmek üzere Ticârethâne tarafından ta'yîn olunacak me'mûrun sûret-i me'mûriyeti beyânındadır

**Üçüncü bâb:** Müflisin temhîr-i eşyâsıyla şahsına âid evvelki muâmelât beyânındadır

**Dördüncü bâb:** Vekillerin ta'yîn ve tebdîline dâ'ir olan usûl ve kavânin beyânındadır

<sup>49</sup> *Düstûr: Tertib-i Evvel* (n 4) 375-445.

**Beşinci bâb:** Vekillerin me'mûriyetleri beyânında olup nice faslı şâmildir

**Fasl-ı evvel:** Ale'l-ıtlâk vekillerin ahkâm-ı me'mûriyetlerini mutazammındır

**Fasl-ı sâni:** Fekk-i mühür ve tahrîr-i emvâl husûsları beyânındadır

**Fasl-ı sâlis:** Müflisin emtia ve eşyâsının bey' ve fûrûhtu ve esmânının tahsil ve cem'î husûsunu şâmildir

**Fasl-ı râbi':** Müflisin muhâfaza-yı emvâline dâ'ir olan muâmelât beyânındadır

**Fasl-ı hâmis:** Tahkîk-i düyûn keyfiyyetine dâ'irdir

**Altıncı bâb:** Uzlaşma ve uyuşma manasına olan konkordato senedinin tanzîmi veyâhud uyuşmayıp mal-ı mevcûdun zabtıyla garâmenin icrâsı beyânında olup bu dahi fusûl-i adîdeyi şâmildir

**Fasl-ı evvel:** Ashâb-ı matlûbun sûret-i ictimâ' ve celbine dâ'irdir

**Fasl-ı sâni:** Konkorda senedinin sûret-i akd ve tesviyesi hakkındadır

**Fasl-ı sâlis:** Konkordatonun icrâ-yı ahkâmı beyânındadır

**Fasl-ı râbi':** Konkordatonun hükmen ilgâsı veyâhud fesh ve adem-i icrâsı beyânındadır.

**Fasl-ı hâmis:** Mevcûdun adem-i kifâyeti takdîrinde iflâs muâmelâtının kapatılması beyânındadır

**Fasl-ı sâdis:** Alacaklıların ittifâkı beyânındadır

**Yedinci bâb:** Bir iflâs zuhûrunda ashâb-ı matlûbun envâ'ı ve keyfiyyet-i istihkâkâtı beyânındadır

**Nev'-i evvel:** Müflis ile maan müteahhid ve müflisin kefilleri olan kimseler hakkındadır

**Nev'-i sâni:** Rehn ile te'mîn olunmuş ve gerek menkûlâtıdan olan eşyâ üzerine imtiyâzlı bulunmuş olan alacaklılar hakkındadır.

**Nev'-i sâlis:** Eşya-ı gayrimenkûle üzerinde istiğlâl ve imtiyâzı olan alacaklıların istihkâkâtı beyânındadır.

**Nev'-i râbi':** Hukûk-ı zevcât beyânındadır.

**Sekizinci bâb:** Menkûlâtın alacaklılar beyninde tevzî' ve taksîmi ve eşyâ-ı gayrimenkûle hâsılâtının kat'-ı hesâbı beyânındadır.

**Dokuzuncu bâb:** Eşyâ-ı gayrimenkûlenin fûrûhtu beyânındadır.

**Onuncu bâb:** İstirdâd-ı eşyâ beyânındadır

**On birinci bâb:** İflâs hükmü sudûrunda muğayeretine dâ'ir iddiâ beyânındadır

**Fasl-ı sâni:** Taksîrâtlı ve hîleli iflâs beyânında olup bu dahi çend bâbı müştemildir

**Bâb-ı evvel:** Taksîrâtlı müflis beyânındadır

**İkinci bâb:** Hîleli iflâs beyânındadır

**Üçüncü bâb:** Müflisin iflâsında gayrıları tarafından irtikâb olunan cünha ve töhmetler beyânındadır

**Dördüncü bâb:** Taksîrâtlı ve hîleli iflâs zuhûrunda emvâl ve emlâkın idâresi beyânındadır

**Fasl-ı sâlis:** Müflisin iâde-i i'tibârı beyânındadır

**EK-2: 1807 Fransız Ticaret Kanunu'nun üçüncü kitabının başlıkları,  
bölüm ve kısımları<sup>50</sup>**

**CODE DE COMMERCE**

**Livre III: Des Faillites et des Banqueroutes**

Disposition générales

**Titre I:** De la Faillite

**Chapitre I:** De l'ouverture de la Faillite

**Chapitre II:** De l'Apposition des Scellés

**Chapitre III:** De la Nomination du Juge-commissaire et des Agens de la faillite

**Chapitre IV:** Des Fonctions préalables des Agens, et des premières dispositions à l'égard du Failli

**Chapitre V:** Du Bilan

**Chapitre VI:** Des Syndics provisoires

**Section I:** De la Nomination des Syndics provisoires

**Section II:** De la cessation des fonctions des Agens

**Section III:** Des Indemnités pour les Agens

**Chapitre VII:** Des opérations des Syndics provisoires

**Section I:** De la Levée des Scellés et de l'Inventaire

**Section II:** De la Vente des marchandises et meubles, et des Recouvrements

**Section III:** Des Actes conservatoires

**Section IV:** De la Vérification des Créances

**Chapitre VIII:** Des Syndics définitifs et de leurs fonctions

---

<sup>50</sup> *Code de commerce* (n 9) x-xii.

**Section I:** De l'Assemblée des créanciers dont les créances sont vérifiées et affirmées

**Section II:** Du concordat

**Section III:** De l'Union des Créanciers

**Chapitre IX:** Des différents espèces de Créanciers et de leurs droits en cas de faillite

**Section I:** Disposition générales

**Section II:** Des Droits des Créanciers hypothécaires

**Section III:** Des Droits des Femmes

**Chapitre X:** De la répartition entre les Créanciers, et de la liquidation du mobilier

**Chapitre XI:** Du mode de vente des Immeubles du Failli

**Titre II:** De la Cession de Biens

**Titre III:** De la Revendication

**Titre IV:** Des Banqueroutes

**Chapitre I:** De la Banqueroute simple

**Chapitre II:** De la Banqueroute frauduleuse

**Chapitre III:** De l'Administration des biens en cas de Banqueroute

**Titre V:** De la Réhabilitation



### EK-3: 1850 Kânûnnâme-i Ticâret'in ikinci kısmının birinci faslının altıncı bâbı hükümleri<sup>51</sup>

**Altıncı bâb:** Uzlaşma ve uyuşma manasına olan konkordato<sup>52</sup> senedinin tanzîmi veyâhud uyuşamayıp mal-ı mevcûdun zabtıyla garâmenin icrâsı beyânında olup bu dahi fusûl-i adîdeyi şâmilidir

**Fasl-ı evvel: Ashâb-ı matlûbun sûret-i ictimâ' ve celbine dâ'irdir**

**211. madde:** Alacak isbâtı için ta'yîn olunan sekiz gün mühletin inkizâsından üç gün güzerânında, alacakları tahkîk ve tasdîk olunmuş veyâhud ihtiyâten deftere idhâl ettirilmiş olan alacaklılar Ticârethânedan ta'yîn kılınacak me'mûr ma'rifetiyle celb olunarak, konkordato senedinin müzâkere ve kararlaştırılması zımında meclis akdine ibtidâr oluna ve bu bâbda Ticârethâne kapısı ve broş<sup>53</sup> ve müflisin dükkân ve mağazası üzerine i'lânâmeler ta'lik ve gazetelere dahi derc ve tahrîr ettirilerek, keyfiyyet i'lân ve işâat ve işbu i'lânâmelere ve da'vet tezkirelerine akd olunacak meclisin sebebi beyan ve işâret kılına.

**212. madde:** Ticârethânedan ta'yîn olunan me'mûr tarafından tahsîs kılınan mahal ve yevm ve saatte, ber-vech-i bâlâ tasdîk ve kabûl olunmuş ve gerek ihtiyâten deftere idhâl ettirilmiş olan alacaklılar bizzat gelerek veyâhud vekillerini irsâl ederek me'mûr-ı mûmâileyh hâzır olduğu halde meclis akdine ve meclis-i mezkûra müflisin dahi celbine mübâderet oluna. Müflis-i merkûm hapishânedan ihrâc olunmuş veyâhud te'minnâmesini tahsîl etmiş ise bizzat gelmeye mecbûrdur. Meğerki me'mûr-ı mûmâileyh tarafından makbûl olan özr-i şer'î tahakkukuna mebnî âharîni tevkîle salâhiyeti ola.

**213. madde:** İflâsın keyfiyyet-i ahvâli ve gerek rûsûm ve kavâid-i mer'iyyesinin icrâsı ve muâmelât-ı icâbiyyenin ifâsı, vekiller tarafından sâlifü'z-zikr akd olunacak meclise arz ve ifâde olunduktan ve ol halde müflis dahi istintâk ve istimâ' kılındıktan sonra, meclisce vekillerin ifâdât-ı vâkıları bir kıt'a varakaya zabt ve tahrîr ve taraflarından imzâ ve temhîr olunarak, varaka-yı merkûme Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûra teslim ve me'mûr-ı mûmâileyh tarafından dahi meclisce olan müzâkere ve kararı hâvî bir kıt'a tahrîr tanzîm kılına.

**Fasl-ı sâni: Konkorda senedinin sûret-i akd ve tesviyesi hakkındadır**

**214. madde:** Zikr olunan rûsûm ve kavâide riâyet ve tamâmen icrâ olunmazdan evvel, hâzır bi'l-meclis olan ashâb-ı düyûn ile müflis-i medyûn beyninde bir gûne

<sup>51</sup> *Düstür: Tertib-i Evvel* (n 4) 416-428.

<sup>52</sup> Konkorda tabiri bir tâcir te'diye-i deynden âciz olduğu halde müflis hükmünde olacağından ol halde kendisiyle ashâb-ı matlûb beyninde verilen karar ve temsilîye itlâk olunur.

<sup>53</sup> Tâife-i tüccârın kambiyo alıp satmak üzere cem'iyetgâh ittihâz ettikleri mahalle beyne't-tüccâr broş ta'bir olunur.

mukâvele akdi câiz değildir. Bâlâda muharrer olduğu üzere kat'iyen tasdik ve kabûl veyâhud ihtiyâten deftere idhâl olunmuş olan düyûnun üç rub'una mutasarrıf ve aded cihetiyle ekser ve ağleb olan alacaklıların inzimâm-ı re'y ve ma'rifetleriyle akd olunan mukâvele mu'teber olup, kavâid-i merkûmenin adem-i icrâsı takdîrinde mukâvele senedi mer'î ve mu'teber değildir.

**215. madde:** İstiğlâl ve rehn ve imtiyâz cihetleriyle alacakları mütehakkik olan alacaklılar bu misillü alacakları için konkordato senedine dâir muâmelâtta re'yelerini söylemeye salâhiyetleri yokdur. Fakat istiğlâl ve rehn ve imtiyâzlarından ferâgat ederler ise bunların alacakları dahi deftere idhâl ve mahsûb kılınır. Mâdemki konkordato senedi akdi zımnında meclise duhûl ile re'y ve müdâhale edeler istihkâkât-ı vâkıılarından ferâgat etmiş olacakları tabîat-ı maslahat îcâbındandır.

**216. madde:** Uyuşmak emri şâyân-ı i'tibâr olmak için senedi meclisce imzâ ve tasdik olunmak şartdır. Eğer yalnız aded-i eşhâsin ekserîsi kâil veyâhud yalnız mikdâr-ı matlûbun üç rub'una mutasarrıf olanlar râzı olup da şart-ı matlûb hâsıl olmadığı halde müzâkerât-ı îcâbiyye nihâyet sekiz gün dahi imhâl kılınır. Bu takdirde meclis-i sâbıkda vâki' red ve kabûl bahisleri nazar-ı i'tibârdan sâkit olur.

**217. madde:** Hilekâr olmak<sup>54</sup> üzere hükmolunan müflis hakkında konkordato senedinin akdi câiz değildir. Bu makûle hileli iflâsın teftîş ve muhâkemesine mübâşeret olunduğu anda alacaklılar bir yere gelip müflisin berâet-i zimmeti tebeyyün eylediği takdirde konkordato müzâkeresine teşebbüs olunup olunmaması husûsunun teftîş maddesinin hitâmına kadar te'hîrine beynlerinde bir mühlet ta'yîniyle karar verildiği halde işbu te'hîr maddesi bâlâda mestûr 214. maddede beyân olunduğu üzere aded cihetiyle ve matlûbâtlarının mikdâr ve kemiyeti hasebiyle ağleb olan alacaklıların re'yelerine muvâfakat ile hükmolunup mühlet-i meşrûtanın inkizâsında konkordato müzâkeresi tasmîm olunur ise ânifü'z-zikr maddede vaz' olunan kavâidin icrâsına mübâderet kılınır.

**218. madde:** Müflisin iflâsı taksîrât-ı vâkıısından nâşî olduğu hükmolunur ise ol halde dahi konkordato senedinin akdi câizdir. Ancak o makûle müflisin taksîrâtı zâhire çıkarılması husûsu takîb olunmakda bulunmuş ise davanın hitâmına kadar müzâkerelerini tevkîf etmek alacaklıların yed-i ihtiyârındadır. Bu bâbda ânifü'z-zikr maddenin kavâidine riâyet olunur.

**219. madde:** Konkordato senedinin tanzîm ve tesviyesine istihkâkları olan veyâhud müstehak oldukları ba'dehü tebeyyün eden bilcümle alacaklılar konkordato senedinin akdine muhâlefete iktidârları derkârdır. İşbu muhâlefetleri dahi esbâb ve delâile mebnî olmak ve sened tanzîminden i'tibâren sekiz gün zarfında müflis ve vekillerine ihbâr olunmak lâzımeden olup, bu vecihle olmadığı halde muhâlefetleri

<sup>54</sup> Müflis üç nev'dir: Evvelki müflis-i hakikî, ikinci taksîrâtlı müflis, üçüncü müflis-i hilekârdır.

mesmû' değildir ve muhâlefet keyfiyeti Ticârethânenin işbu madde hakkında evvel-be-evvel akd olunacak meclisine arz ve beyân olunduğu ol bâbda takdîm olunacak müzekerede mûnderic olmak lâzımdır ve bir iflâs için eğerçi yalnız bir vekil ta'yîn olunmuş ise ol dahi konkorda senedinin akdine muhâlefet eyler ise yeniden bir vekil ta'yîn olunmasını iddiâ eylemek vekil-i mûmâileyhin vazife-i zimmetidir. İşbu maddede vaz' olunan kavâidin vekil-i cedîd hakkında icrâsı lâzımedendir. Kaldı ki muhâlefet husûsunda hükmün ısdârı keyfiyet-i maddeye nazaran Ticârethânenin dâire-i me'mûriyetinden hâric mes'âilin hal ve tesvîyesine mütevakıf ise işbu mes'elelerin tesvîyesine kadar Ticârethânenin hükmü te'hîr olunur ve ol bâbda Ticârethâne tarafından muhtasarca bir mühlet tahsîs olup muhâlefet eden alacaklı mühlet-i merkûme esnâsında maddesinin râci' olduğu mahalle mürâcaat birle ta'cîl ve müsâraatını isbât etmek lâzımedendir.

**220. madde:** Konkordato senedinin tasdîkini sâ'irlerden ziyâde ta'cîl eden müddeînin istid'âsı üzere Ticârethânenin icrâsına i'tinâ olup ancak muayyen olan sekiz gün mühletin inkızâsından evvel hükmolunamaz. Eğerçi mühlet-i merkûme zarfında muhâlefet vukû' bulur ise işbu muhâlefet ve gerek tasdîk maddesi yalnız bir i'lân ile Ticârethâne tarafından hükmolunur ve muhâlefet keyfiyetinin kabûl ve i'tirâfı takdîrinde bilcümle alacaklılar hakkında konkordato senedinin hükmü mensûh olur.

**221. madde:** Beher hâl konkordato senedinin tasdîki hükmolunmazdan mukaddem gerek iflâsın hâlline dâir ve gerek konkordatonun makbûliyetine mütedâ'ir Ticârethâne tarafından ta'yîn kılınan me'mûr cânibinden Ticârethâneye bir kıt'a takrîr takdîm olunmak lâzımdır.

**222. madde:** Bâlâda mezkûr kavâide riâyet olunmadığı veyâhud âmmenin menfaatine ve alacaklıların muktezâ-yı maslahatlarına münâfi bazı esbâb ve vesâil vukû bulduğu halde o makûle mevâdd konkordato senedi akdine mâni' olacağından Ticârethâne tarafından dahi tasdîk olunamaz.

### **Fasl-ı sâlis: Konkordatonun icrâ-yı ahkâmı beyânındadır**

**223. madde:** Konkordato tasdîk ve kabûl olduğu halde bilanço ta'bîr olunur muvâzene defterine mukayyed ve gayr-i mukayyed olarak alacakları tahkik olunmuş veyâhud olunmamış olan ve gerek Memâlik-i Osmâniyye'den hâric mahalde ikâmet eden alacaklılar hakkında, 206. ve 207. maddelerin meâlî üzere muvâzene defterine ihtiyâten idhâl olunmuş alacaklılara Ticârethâne tarafından her ne kadar mebâlig tahsîs olunur ise olsun, bu makûle alacaklılar haklarında konkordato senedi mer'ıyyü'l-icrâdır.

**224. madde:** Sâlifü'z-zikr 197. maddenin üçüncü fıkrası mantûkunca müflisin gayrimenkûl eşyâsı istiğlâl tarikiyle kaydettirilmiş ise, işbu istiğlâl bilcümle

alacaklılara râci‘ olmak konkordato tasdîknâmesinin hükmü iktizâsından olub, tasdîknâmenin hükmü istiğlâli icrâ olunan mahal sicillât[ın]a kaydettirilir. Meğerki konkordato mûcibince bu bâbda sûret-i âhar ile karar verilmiş ola.<sup>55</sup>

**225. madde:** Konkordatonun tasdikinden sonra ilgâ ve ibtâlîne dâir her gûne dava mesmû‘ değildir. Meğerki müflisin emvâl-i mevcûdesini ketm ve taklîl veyâhud düyûnunu teksîr misillü hîle ve zemînler ile hareket olunmuş olduğu mütebbeyin ola.

**226. madde:** Konkordato mukâvelesinin tasdikini mutazammın i‘lâmın sudûriyle icâbî hükmolunduktan sonra, vekillerin me‘mûriyetleri hitâm-pezîr olup kat‘î sûretiyle hesâblarını Ticârethâne me‘mûru huzûrunda müflise teslim ederek bi‘l-mûzâkere hesâbları kat‘ olunur. Müflisin bilcümle emvâl ve defâtir ve eşyâ ve kağıdları yedine i‘tâ ve teslimini nâtik bir kıt‘a sened ahz olunub, ol bâbda Ticârethânedan ta‘yîn kılınan me‘mûr tarafından bir kıt‘a müzekkere tahrîr olunarak me‘mûr-ı mûmâileyhin me‘mûriyeti dahi hitâm-pezîr olacağından, ba‘dehû bir gûne muâraza vakû‘unda Ticârethâne tarafından fasl olunur.

**Fasl-ı râbî‘: Konkordatonun hükmen ilgâsı veyâhud fesh ve adem-i icrâsı beyânındadır.**

**227. madde:** Gerek hîle zuhûrunda ve gerek konkordatonun tasdikinden sonra hîleli iflâs olduğunu mutazammın hüküm ve i‘lâmın sudûrunda konkordatonun külliyyen ilgâsıyla keenlemyekûn hükmünde olması lâzım gelir ve o halde icrâsına yani verilmesi mukarrer olan mebâliği ve icrâsı mev‘ûd bulunan şerâiti icrâya kefil olan kimseler dahi tabiatıyla kefâletden tahlîs olunurlar. Henüz hükmü lağvolunmamış bir konkordato şerâitinin müflis tarafından adem-i icrâsı takdîrinde icrâsına kefilî vâir ise Ticârethânedeki kefiller hâzır oldukları halde konkordato hükmünün feshi zımında müflisin aleyhine dava olunabilir. Fakat mezkûr konkordatonun fesh ve ibtâlî mûnâsebetiyle şerâitinin bi‘t-tamâm veyâhud bazısının icrâsına müteahhid olan kimseler kefâletten berî‘ü’z-zimme olamazlar.

**228. madde:** Konkordatonun tasdikinden sonra hîleli iflâs için müflisin aleyhine davaya mübâşeret olunup da müflis habs ve tevkîf bulunduğu anda derdest olan emvâlinin telefden vikâyesi esbâbının istihsâlîni tenbîh etmek Ticârethâneye âid ve râci‘dir. Ancak davaya sebep kalmadığına dâ‘ir veyâhud müflisin berâet-i zimmetine ve gerek tahliyye-i sebîl ve ma‘zûriyyetine mütedâ‘ir i‘lâmın ısdâr ve i‘lâmı gününden i‘tibâren zikr olunan vikâye ve muhâfaza esbâbının iltizâmından tabiatıyla keff ve ferâgat olunur.

**229. madde:** Hîleli iflâs hükmünü mutazammın i‘lâmın ve gerek konkordatonun

<sup>55</sup> Müflis olan şahıs konkordato akdinden sonra eğerçi bir takrib emlâkinin bir mikdârını âhara istiğlâl ve terhîn ederek ba‘dehû yeniden medyûniyyeti zuhûr ve tebeyyûn eyler ise, mâdemki müflis-i merkûmun emlâkı mukaddemâ masaya istiğlâl ve terhîn olunmuş olduğu cihetle mukayyed bulunan ashâb-ı matlûb takaddümen istifâ-yı deyn ederler ve böyle sonradan terhîn-i emlâk hususunun men‘i zımında metn-i kânûnnâmede beyân olduğu üzere tasdîknâme hükmünün emlâk-ı merkûmenin istiğlâli ve terhîni icrâ olunan mahal sicillâtına kaydettirilmesi iktizâ-yı maslahatdandır.

külliyen ilgâ veyâhud fesh ve ibtâlini âmir hükmün mantûkunca Ticârethâne tarafından bir me'mûr ile bir veyâhud müteaddid vekiller ta'yîn kılınır ve temhîr-i emvâl keyfiyeti işbu vekillerin yedindedir ve senedât ve evrâk-ı sâire ru'yet olunarak kıymet-i emvâl ve eşyâ defter-i atık ile mukâbele birle icâb eder mevâd olduğu halde defter-i atıke zeyl ve ilâvesine ve tekrâr bir muvâzene defterinin tahrîrine zikr olunan vekiller tarafından ibtidâr olunur. İşbu yeni vekiller ta'yîni mübeyyin i'lâmın gaydıyla beraber yeniden zuhûru muhtemel olan alacaklılara alacaklarına dâ'ir senedâtlarını li-ecli't-tahkîk yirmi gün zarfında takdîm ve irâ'e eylemeleri husûsu 199 ve 200. maddeler ahkâmına tatbîkan Ticârethâne mukayyedi tarafından ashâb-ı matlûba ihbâr olunur.

**230. madde:** Ânifü'z-zikr madde mantûkunca yeniden zuhûr edecek matlûbâtın tahkîkine bilâ-imhâl mübâderet olunup ancak mukaddemâ kabûl ve tasdîk olunmuş düyûnun ez-ser-i nev' tahkîki lâzım gelmez. Maamâfih tasdîk-i sâbıktan sonra gerek külliyyen ve gerek bir mikdârları te'diye olunmuş düyûnun adem-i kabûl ve tenzili husûsları müstesnâ ola.

**231. madde:** Muâmelât-ı merkûme hitâm-pezîr oldukdan sonra eğer müceddeden bir konkordato akd olunmaz ise vekillerin ibkâ veyâhud tebdili husûsuna dâ'ir re'yelerini söylemek üzere alacaklılar akd-i meclis ederler ve yeniden zuhûr eden alacaklılar için sâlifü'z-zikr 199. ve 204. maddeler mantûkunca Memâlik-i Osmâniyye'de mütemekkin ashâb-ı matlûbât hakkında ta'yîn olunan mühletlerin inkızâsından evvel akçe tevzî'ine mübâderet olunamaz.

**232. madde:** Konkordato mukâvelesinin tasdîkenden sonra ve mukâvele-i merkûmenin külliyyen ilgâ veyâhud fesh ve ibtâlinde mukaddem müflis tarafından tertîb ve tesviye olunmuş olan senedât ve mukâvelât mücerred alacaklıların istihkâklarına nazaran gabin ve hîle mülâhazasına mebnî olduğu tebeyyün eylediği halde senedât ve mukâvelât-ı merkûme keenlemyeküm hükmünde addolunur.<sup>56</sup>

**233. madde:** Konkordato mukâvelesinin akdinden evvel alacaklıların matlûbâtı neye bâliğ olmuş ise tamâmen ve kâmilen müflisden iddiâya salâhiyetleri ez-ser-i nev' hâsıl olup ancak masa ta'bir olunur akçenin tevzî'ine zîrde âtî vecihle dâhil olurlar. Evvelâ garâme akçesinden hiç bir nesne almamışlar ise alacaklarını bi't-tamâm talep ve iddiâ ederler. Sâniyen, garâme akçesinden bir mikdârını almışlar ise henüz almadıkları garâmeye mukâbil matlûb-ı aslilerinin bakiyesine istihkâkları olur ve konkordato mukâvelesinin külliyyen ilgâsı veyâhud fesh ve ibtâli sebkât etmeksizin müflisin ikinci defa olarak iflâsı zuhûrunda dahi işbu maddenin nizâmâtı mer'ıyyü'l-icrâdır.

<sup>56</sup> Konkordatonun fesh ve külliyyen ilgâsı üç maddeden neş'et eder: Evvelâ müflis hakkında hilekâr olduğuna dair hükmün sudûru, sâniyen gabin ve hîle vukû'u maddeleri olup, bu iki sebep zuhûrunda konkordato ber-müceb-i kânûn külliyyen ilgâ olunur. Sâlisen, müflis taahhüdâtını icrâ etmediği takdirde ashâb-ı matlûb tarafından konkordatonun feshi iddiâ kılınır ve sebep-i evvel ve sâniye konkordatonun tecdidi mümkün olmayıp, üçüncü sebebe göre tecdid ve tanzimine mesâğ olup, Ticârethâne tarafından icâbı hükmolunur.

### **Fasl-ı hâmis: Mevcûdun adem-i kifâyeti takdîrinde iflâs muâmelâtının kapatılması beyânındadır**

**234. madde:** Konkordatonun tasdikinden veyâhud alacaklıların ittifâkından mukaddem müflisin mevcûdu iflâs muâmelâtının icrâsına kifâyet etmeyerek tevkîfi icâb eder ise Ticârethâne me'mûrunun inhâsıyla iflâs muâmelâtının kapatılmasını resmen bile hükmetmek Ticârethânenin re'yine muhavveldir ve işbu hüküm ve i'lâm muktezâsınca müflisin zâtı ve gerek emvâl ve emlâkı hakkında dava etmek husûsuna her bir alacaklının başka başka hakkı hâsıl olup ancak i'lâm-ı mezkûrun icrâsı târîh-i i'lâmdan i'tibâren yalnız bir ay müddet tevkif ve te'hîr olunur.

**235. madde:** Gerek müflis ve gerek müflis ile alâkası olan kimse her ne vakit iflâs muâmelâtının mesârifini idâre edecek kadar mebâliğin mevcûd olduğunu isbât eder veyâhud vekiller yedine teslim eyler ise ânifü'z-zikr maddede beyân olunan hüküm ve kararın îadesine müflis-i mezbûr ve alâkadarının salâhiyeti derkârdır ve her halde ânifü'z-zikr maddenin iktizâsı üzere vukû' bulacak davanın mesârifi evvel-be-evvel te'diye ettirilmek lâzımedendir.

### **Fasl-ı sâdis: Alacaklıların ittifâkı beyânındadır**

**236. madde:** Konkordato mukâvelesi akd olunamadığı halde alacaklılar ittifâk<sup>57</sup> edip birlikte hareket etmek üzere istihkâk-ı tâmları derkârdır ve gerek iflâs umûrunun ru'yetine ve gerek vekillerin ibkâ ve tebdîli menfaatine dâ'ir husûsâtın müzâkeresi zımında Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr tarafından alacaklılar celb olunup imtiyâz ve istiğlâl ve rehn cihetleriyle alacakları mütehakkik olan alacaklılar işbu meclise dâhil olurlar ve ashâb-ı matlûbâtın müddeâ ve i'tirâzlarını şâmil bir kıt'a mazbata tahrîr olunup sâlifü'z-zikr 170. madde mantûkunca mazbata-yı mezkûrenin meâline nazaran Ticârethâne tarafından karar verilir ve ibkâ olunmayacak vekiller takrîrlerini yeni vekillere verib Ticârethâne me'mûru mûmâileyh dahi hâzır olmak ve müflis dahi icâbî takdîrinde celb olunmak lâzımdır.

**237. madde:** İflâsın emvâl-i mevcûdesinden müflise bir mikdâr îane-i nakdiyye i'tâsı husûsu hâzır bi'l-meclis olan alacaklılar beyninde müzâkere olunarak, bu bâbda ekserîsi râzı oldukları halde iflâsın emvâl-i mevcûdesinden bir mikdâr mebâliğ îane nâmıyla müflise verilmek husûsuna müsâade kılınıb, işbu îanenin mikdârı vekiller tarafından teklîf ve Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr cânibinden tahsîs olunur. Meğerki yalnız vekiller tarafından bu bâbda Ticârethâneye mürâcaat ve istid'â kılınas.

**238. madde:** Bir ticâret şirketinin iflâsı zuhûrunda şerîklerin biriyle veyâhud bir niceleriyle konkordato mukâvelesinin akdine râzı olmak alacaklıların yed-i ihtiyârlarındadır. Ol takdirde, şirketin bilcümle emvâl-i mevcûdesi müttefik

<sup>57</sup> Ashâb-ı matlûbün ittifâkından murâd konkordato muâmelesi icrâ olunamamasından dolayı müflisin mevcûdu olarak her ne bulur ise beyenlerinde taksîm demek olur.

alacaklıların taht-ı idârelerinde kalıp konkordatoyu tahsil etmiş kimselerin emvâl-i mahsûsaları şirket malından ihrâc olunarak bu makûleler ile akd olunacak mukâvele-i mahsûsada garâme akçesi hasran ve kasran şirket malından hâric eşyâdan te'diye olunmak taahhüdü münderic olur ve yalnız kendi nefesine âid bir konkordatoya destres olmuş olan şerîk sâ'ir şerîkler ile müteahhid olmakdan berî'ü'z-zimme olur.

**239. madde:** İflâs vekilleri alacaklıların masa ta'bir olunur cem'iyeti tarafından bi'l-vekâle ifâ-yı düyûna me'mûr olup maamâfih müflisin emvâl-i mevcûdesi ile ticâret etmek üzere alacaklılar tarafından vekillere ruhsat verilir ve bu bâbda dâyinlerin meclis-i meşveretinden verilecek kararnâmede me'mûriyetlerinin vakt ve vüs'ati ve mesârifin ru'yetine medâr olmak üzere yedlerinde hıfz olunacak mebâliğin mikdârı tasrîh kılınmak lâzımedendir. Mebâliğ ve nüfûs cihetleriyle üç rub'una mutasarrıf ve ağleb olan alacaklıların re'yleri üzere Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûrun huzûrunda kararnâme-i merkûmeye teşebbüs olunur ve işbu kararnâmeye karşı muhâlefet ve i'tirâz etmek husûsu gerek müflisin ve gerek imzâkeşi-rızâ olmayan sâ'ir alacaklıların yedlerinde ise de işbu i'tirâzdan nâşî kararnâme-i merkûmenin icrâsı tevkîf olunamaz.

**240. madde:** Vekiller emvâl-i iflâsı kullandıkları esnâda mevcûddan ziyâde muâmelât ve taahhüdâta girişirler ise, emvâl-i merkûmenin li-ecli't-ticâre isti'mâline ruhsat vermiş olan ashâb-ı matlûb verdikleri ruhsatnâmede muharrer şerâit mûcibince emvâl-i iflâsdan kendülere râci' olan hisseden ziyâdesi için bizzat mes'ûl olub, her biri alacağına mikdârına nisbet mevcûddan tenâkus eden akçeyi te'diye ve ifâ eylemeye mecbûrdur.

**241. madde:** Müflisin menkûlâtından olmayan emlâkını ve gerek menkûlâtından olan emtia ve eşyâsını fûrûht ile düyûn ve zimemâtının tanzîm ve tesviyesi maddelerini ta'cil etmek üzere vekiller mecbûrdur ve husûsât-ı mezbûreye Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr nezâretiyle teşebbüs olunup müflisin celb ve ihzârı lâzım gelmez.

**242. madde:** Sâlifü'z-zikr 195. maddede muharrer kavâide imtisâlen müflise âid her gûne hukûk ve iddiâyı tesviye ve ru'yet etmek üzere vekiller me'zûn olup ol bâbda müflisin muhâlefeti mesmû' değildir.

**243. madde:** Ber-vechi-bâlâ ittifâk üzere olan alacaklılar ittifâklarının ibtidâsı senesinde hiç olmaz ise bir defa ve îcâb eylediği halde âtî senelerinde iktizâsına göre akd-i meclis etmek üzere Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr ma'rifetiyle celb olunur ve mecâlis-i merkûmede vekiller iflâs umûrunu teveccühle idâre ve tesviye ettiklerinin takrîrini vermeye mecbûrdurlar ve bâlâda mezkûr 170. ve 236. maddelerde tasrîh olunan kavâide tatbîkan me'mûriyetlerinde ibkâ veyâhud îcâbına göre azl ve tebdîlleri icrâ olunur.

**244. madde:** Müflisin hesâbları kat' ve tesviye olundukda alacaklı Ticârethânedan ta'yîn kılınan me'mûr ma'rifetiyle celb olup vekiller dahi işbu son meclisde me'mûriyetlerinin netîcesinden takrîrlerini vererek müflisin bi'n-nefs bulunması veyâhud iktizâsı üzere celb ve ihzâr olunması lâzımedendir ve müflisin ma'zûriyyet ahvâline dâ'ir ashâb-ı matlûbât re'yelerini söyleyip ol bâbda bir kıt'a mazbata tahrîri ile alacaklıların her biri mülâhazât ve i'tirâzâtını ol mazbatada derc eylemek üzere me'zûn olup meclis-i mezbûrun hitâmından sonra müttefik alacaklıların cem'iyyeti bi'l-istihkâk hal ve tefrîk olunur.

**245. madde:** Müflisin ma'zûriyyet-i ahvâline dâ'ir alacaklıların karar re'ylere ve gerek iflâsın keyfiyyet-i vukû'u ve hâlât-ı sâ'iresine mütedâ'ir bir kıt'a takrîr Ticârethâne me'mûru tarafından arz ve takdîm olunub, müflisin ma'zûr olup olmayacağı Ticârethânedan hükmolunur.

**246. madde:** Müflisin ma'zûr olmadığı i'lân olduğu takdîrde beher dâyin kendi alacağına dâ'ir müflisin zâtı ve emvâli hakkında dava etmeye ez-ser-i nev' salâhiyeti hâsıl olur. Ma'zûr olmak üzere hükmolunduğu takdîrde iflâsından dolayı alacaklıların davaları için habs olunmak mecbûriyetinden tahlîs olunarak min ba'd nefesine dokunulmayıp fakat emvâlinden dava olunur. Şu kadar ki kavânîn-i mahsûsa ile derkâr olan bazı istisnâlara riâyet kılınır.<sup>58</sup>

**247. madde:** Hileli iflâs irtikâb edenler ve kendi malları olmayan eşyânın fûrûhtuna mütasaddi olanlar ve gerek sirkat ve dolandırıcılık veyâhud kendilerine i'timâd olunan şeye hıyânet ve taaddî ile müttehem olan ve be-tahsîs emvâl-i mîrîyyenin sarf ve istihlâkine cesâret eden kimseler ma'zûr olmak üzere hükmolunmak câiz değildir.

**248. madde:** Tüccârdan medyûn olanların emvâl-i mevcûdesini alacaklılara terk ve i'tâ eylemek husûsunda vukû' bulan istid'âları şâyân-ı kabul değildir.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Kavânîn-i mahsûsadan murâd tavattun etmemiş olan ecnebî ve vasîler ve me'mûrün ve emânet muhafızları demek olup bunların ma'zûriyyeti tebeyyün etse bile mahbûsiyet mecbûriyetinden berî olamazlar. Çünkü dünyularının keyfiyyet-i mahsûsaları içâbinca bunların mahbûsiyeti emniyeti tahsîl eder.

<sup>59</sup> İşbu maddede muharrer nizam yalnız tâife-i tüccâra mahsûs olup, tüccârdan olmayan sâ'ir medyûnin tarafından bu vecihle istid'â vukû'unda mehâkim-i belediyyeye mürâcaat olunmak lâzım gelir.





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 24.03.2023  
Revizyon Talebi: 07.02.2024  
Son Revizyon Tarihi: 23.03.2024  
Kabul: 19.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi

Barış Demirsatan\*

### Öz

Masumiyet karinesi ve onunla bağlantılı lekelenmeme hakkı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından düzenlenmiş ve olağanüstü hal durumunda dahi dokunulamayan bir temel haktr. Bu bağlamda özel hukuk yargılamasında masumiyet karinesinin ihlal edilmesi Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yapılan başvuru sonucunda kural olarak bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturur. Bu nedenle bir tarafın suç işlediği yönünde itham içeren mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin özel hukuk yargılamalarında bu hususun önemle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Her ne kadar maddi hukuka ilişkin düzenlemelerde bu yönde açık veya örtülü bir düzenleme bulunmasa da yargılamanın yenilenmesine sebebiyet verebilecek bir temel hak ihlalden kaçınmak için Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun yorum ilkesine koşut bir yorum benimsenmeli ve böylece temel hak ihlaline yol açması olası maddi hukuk koşulları ile temel hakların korunmasına ilişkin ilkeler arasında uyum sağlanmalıdır. Bununla birlikte, suç ithamında bulunulan ilgili kişi hayatını kaybetmişse, bu durumda özel hukuk mahkemesinin suçun işlenmesi hususunda karar vermesinde bir engel bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında hüküm verilmesinin güçleştiği hallerde ise masumiyet karinesinin Anayasa'da düzenleniş tarzı dikkate alındığında özel hukuk mahkemesinin mahkûmiyet kararı aramasının isabetli olacağı ifade edilebilir.

### Anahtar Kelimeler

Masumiyet Karinesi, Lekelenmeme Hakkı, Mirastan Yoksunluk, Mirasçılıktan Çıkarma, Temel Hakların Korunması

### The Connection Reasons for Deprivation of Inheritance and Removal from Inheritance Have With Presumption of Innocence

### Abstract

Presumption of innocence and the right not to be criminalized constitute fundamental rights enshrined in the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights. In principle, violating the presumption of innocence in private law proceedings constitutes a reason for a retrial as a result of a complaint filed before the Turkish Constitutional Court or the European Court of Human Rights. Therefore, this issue needs to be taken into consideration in proceedings regarding grounds for deprivation of inheritance and exclusion from inheritance that are comprised of an accusation of the party having committed a crime. Although no explicit or implicit provision exists in the regulations on substantive law in this regard, an interpretation in line with the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights should be adopted in order to avoid violating fundamental rights, as well as achieving harmony between the substantive legal conditions that may lead to a violation of fundamental rights and the principles governing the protection of fundamental rights. However, if a person who has been charged with an offence dies, no obstacle exists for the civil court to render a judgment. In cases where rendering a judgment in criminal proceedings would be difficult, having the civil court seek a conviction decision can be said to be appropriate considering how the presumption of innocence is regulated in the Turkish Constitution.

### Keywords

Presumption Of Innocence, Right Not to be Criminalized, Deprivation of Inheritance, Disinheritance, Protection of Fundamental Rights

\* **Sorumlu Yazar:** Barış Demirsatan (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0228-5236.

**Atf:** Demirsatan B, "Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 47. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.002>



### *Extended Summary*

The impact of fundamental rights on private law relations has become an area of increasing attention in the context of constitutionality checks and individual application (constitutional complaint) through the Turkish constitutional judiciary and judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding state parties. Articles 38 and 15 of the Turkish Constitution and Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) constitute the basis of the presumption of innocence in Turkish law. The presumption of innocence is essentially related to the burden of proof in criminal proceedings. However, in order to protect this right, observing it only in terms of proving guilt in criminal proceedings is insufficient. In this framework and within the scope of the negative or positive obligations of the state, the public authority must refrain from treating such persons as if they were guilty. The presumption of innocence, with the right not to be criminalized being one of its elements, can be asserted against public authority.

Fundamental rights can have an indirect or judicial effect on private law. Thus, the assertion of such rights on an individual basis against persons who do not exercise public authority can be ensured within the framework of the protection of personality rights. In addition to this, courts are also considered to be authorities exercising public power in the individual application, with ECtHR case law necessitating that these courts respect the fundamental rights recognized in the Turkish Constitution and the ECHR in their decision-making processes and judgments. Therefore, courts are obliged to render judgments in accordance with these rights in order to avoid violating fundamental rights when applying national law. Otherwise, a retrial may be warranted, in which case, ruling in accordance with the judgment of the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights will be obligatory.

Although an interpretation must be made based in accordance with fundamental rights when applying national law, fundamental rights must prevail in terms of the regulations that conflict with fundamental rights. Otherwise, an application before the Turkish Constitutional Court or the ECtHR on grounds of fundamental rights having been violated will result in a judgment of violation. In terms of the presumption of innocence, if the court in a private law dispute judges one of the parties to the case to have committed a crime without a final judgment of conviction having been passed in terms of the facts examined in the proceedings, or if said case includes such a statement within the reasoning of the judgment, the right of the concerned party not to be criminalized by the public authority will have been violated. However, the necessity for avoiding violating fundamental rights in proceedings does not mean that the conditions stipulated in substantive law change. The conditions stipulated in substantive law and the requirement that the private law court must avoid violating fundamental rights at the end of the proceedings create a distinction between which

conditions should be taken as the basis in proceedings. When considering the principle of interpretation in accordance with the Turkish Constitution and the ECHR, however, the conclusion cannot be reached that this condition is also required in substantive law by interpreting the legal provisions in private law. When applying to the institutions governing deprivation of inheritance or disinheritance for determining the status of an heir or testamentary creditor within the framework of a private law dispute becomes necessary, the potential will be present to risk violating the presumption of innocence and the right not to be tainted, depending on the nature of the reasons that are alleged to prevent the acquisition of rights arising from inheritance law.

When analyzing the grounds for deprivation of inheritance and exclusion from inheritance, these grounds are seen to mostly criminal accusations in some cases. Although a final judgment of conviction is not required in terms of substantive law, in order to avoid violating fundamental rights, the occurrence of a judgment of conviction must be sought in accordance with the principles of interpretation as per the Turkish Constitution and the ECHR in order to rule that the grounds for deprivation of inheritance or exclusion from inheritance have been fulfilled. If a person who has been charged with a criminal offense dies, no obstacle is found to prevent a civil court from issuing a judgment. In cases where rendering a judgment in criminal proceedings would be difficult, having the civil court seek a conviction decision can be said to be appropriate when considering how the presumption of innocence is regulated in the Turkish Constitution.

## Giriş

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi, norm denetimi ve bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) bağlamında anayasa yargısı ve taraf olan devletler için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla gitgide dikkat çeken bir alan haline gelmektedir. Bu açıdan, medeni hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin birtakım kabullerin temel hak ihlaline yol açmamak için gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Anayasa'nın 38/IV “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” hükmüyle düzenlenen masumiyet karinesi<sup>1</sup> temel insan haklarının başında gelmektedir. Öyle ki Anayasa 15/II, son cümle ile masumiyet karinesine temel hakların kullanılmasının durdurulduğu hallerde dahi dokunulamayacağı kabul edilmiştir. Bu temel hak, Türk hukuku bakımından Anayasa madde 90/IV hükmü uyarınca bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 6/II “*Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır*” hükmü ile düzenlenmiş durumdadır. Kökeni itibarıyla ceza yargılaması hukukuna ilişkin olmakla birlikte masumiyet karinesi, içtihatlarla daha geniş bir kapsam kazanmıştır. Böylece, masumiyet karinesinin yanı sıra “lekelenme hakkı”ndan söz edilmektedir<sup>2</sup>. Nasıl ki ceza yargılamasında kişinin masum olduğu asılsa, bu hakkın

<sup>1</sup> Masumiyet karinesi teriminin yerleşmiş kavram olduğunu belirtmek mümkün olmakla birlikte, teknik anlamda bir karinenin bulunup bulunmadığı tartışmaya açıktır. Zira karineden ispatlanmış olgunun (karine temeli), ispatlanmamış başka bir olgunun (karine sonucu) kanıtlanmış sayılmasına yol açması anlaşılır (Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I ve II* (Yetkin 2020) C I 625; Oğuz Atalay, *Pekantez Usül-Medeni Usül Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1655). Oysa masumiyet karinesinde suçlu olmama sonucuna herhangi bir olgunun kanıtlanması aracılığı ile ulaşılmamaktadır: Paul Felix Wegmann, *Vermutung und Fiktion* (Schulthess 2016) 20; Metin Feyzioğlu, ‘Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ (1999) 48(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135, 139. Bu çerçevede ispat yükünün belirlenmesinden söz etmek daha doğru olacaktır.

<sup>2</sup> Masumiyet karinesinin uzantısı olarak lekelenme hakkı kısaca, suç ithamı nedeniyle aleyhine kesin hüküm verilmemiş şahsın, ithama ilişkin olarak kişilik hakkını ihlal edebilecek fillerden kaçınmasını isteme hakkı olarak ifade edilebilir. Böylece kişinin toplum nezdinde suç işlemiş bir şahıs muamelesi görmesinin önüne geçilecektir: Yargıtay 10 CD, 1483/5741, 20.5.2021 (Kazancı) “*Lekelememe hakkı, suç şüphesi nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişinin bu işlemlerden dolayı onur, şeref ve haysiyetinin zarar görmemesi, toplum içindeki saygınlığının zedelenmemesi, hakkında henüz kesin hüküm verilmemiş kişinin masumiyetine zarar verecek, kişiyi toplum nezdinde mahkum edecek her türlü söz, yayın, haber gibi davranışlardan kaçınma olarak tanımlanabilir. ... Lekelememe hakkı, suçsuzluk karinesinin bir sonucudur ve kovuşturma aşaması için olduğu kadar soruşturma aşaması için de geçerli bir haktır*”; Lekelememe hakkı hususunda: Altan Rençber, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri* (On İki Levha 2017) 259 vd; Eyüp Kara, ‘Lekelememe Hakkı’ (2012) 43 Adalet Dergisi 188, 188. Bu noktada lekelenme hakkının ana muhatabı devletin negatif yükümlülükleri kapsamında kamu gücü olmaktadır: Fatih Akıncı, ‘Lekelememe Hakkı’ (2020) 11(43) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 177, 183. Bununla birlikte özellikle özgürlüğü ile lekelenme hakkının dengelenmesi bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmak gerekir: Seyfullah Tosun, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurularda Masumiyet Karinesi* (On İki Levha 2018) 149 vd; Güçlü basın saldırısının adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesinin (AİHS 6/1 ve II) ihlaline neden olabileceği yönünde: X v Norveç Başvuru no 3444/67 (AİHM, 16 Temmuz 1970); Angelov v Bulgaristan Başvuru no 45963/99 (AİHM, 14 Aralık 2004); Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 2013/6617, 8.4.2015 (Kazancı) “*Yargılanan kişilere yönelik olarak, devlet görevlilerinin ifadeleri veya kıskırtmasına dayanan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü ifadeler nedeniyle masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir*”; Yargıtay HGK, 4-1321/415, 9.4.2019 (Kazancı) “*İfadelerin suç isnadı içermesi nedeniyle yarışan değerler arasında dengeleme yapılırken masumiyet karinesinin de dikkate alınması gerekir*”. Basının da masumiyet karinesine uymakla yükümlü olduğu: Sulhi Dönmezler ‘Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler’ Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan (Beta 1998) 69; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2021) 56; Hatice Derya Ormanoğlu, ‘Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2241, 2254; Andreas Meili, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015) Art 28 ZGB N 54; Géraldine Auberson, *Personnalités publiques et vie privée* (Schulthess 2013) 322; Stéphane Werly, ‘Facettes du droit de la personnalité’ *La parole de trop dans les médias* (Helbing Lichtenhahn 2014) 23; ATF 126 III 307; İsviçre Federal Mahkemesi 5A\_658/2014, 6.5.2015 (Swisslex); Alman hukukunda: Johannes Hager, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfiler des Zivilrechts* (Sellier de Gruyter 2008) §3 VII 917. Ancak Anayasa Mahkemesi içtihadının genel olarak 17. madde

zedelenmemesi için ceza yargılaması dışında da başta kamu gücü tarafından olmak üzere masumiyetin asıl olduğuna riayet edilmesi lazım gelir<sup>3</sup>. Bu itibarla bir şahsa, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı<sup>4</sup> bulunmaksızın ceza yargılaması kapsamı dışında dahi suçluymuşçasına muamele edilmesi temel hak ihlaline yol açar.

Bu çerçevede özel hukuk uyuşmazlıklarında suç teşkil edebilecek olgulara bağlanmış birtakım sonuçlara ilişkin olarak masumiyet karinesinin zedelenmesi olasılığı bulunmaktadır<sup>5</sup>. Mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk kurumlarının sebepleri nazara alındığında bu olasılıkla karşılaşma riskinin yüksek olduğu ifade edilmek gerekir. Bu çalışmada mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk kurumlarına masumiyet karinesi ihlal edilmeksizin işlerlik kazandırılması amaçlanmaktadır.

## I. Masumiyet Karinesinin Kapsamı Açısından Özel Hukuk

### A. Genel Olarak

Masumiyet karinesi yukarıda işaret edildiği üzere esas itibarıyla ceza yargılamasında ispat yüküne ilişkindir. Bununla birlikte bu hakkın korunabilmesi için salt ceza yargılamasında suçluluğun kanıtlanması bakımından gözetilmesi yeterli değildir. Bu çerçevede devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri kapsamında kamu gücünün ilgili şahsa suçluymuş gibi muamele etmekten kaçınması icap eder<sup>6</sup>. Masumiyet karinesi ve onun bir unsuru olarak lekelenmeme hakkı kamu gücüne karşı ileri sürülebilir.

Temel hakların özel hukuka dolaylı veya yargısal yolla etkide bulunması mümkündür. Böylece bireysel temelde kamu gücünü kullanmayan kişilere karşı bu hakkın ileri sürülmesi kişilik hakkının korunması çerçevesinde temin edilebilir<sup>7</sup>. Zira

çerçevesinde inceleme yapılması gerektiği yönünde olduğu ifade edilebilir: Tosun (n 2) 153.

<sup>3</sup> Tosun (n 2) 27-28.

<sup>4</sup> Kesinleşmiş mahkûmiyet kararının gerekliliği, suçluluk hususunda hüküm verme tekelinin ceza mahkemelerinde olduğunu gösterir: M Murat İnceoğlu, Ece Baş Sützel ve Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 178. Yargılama usulündeki farklılıklar ve uzmanlık nedeniyle hukuk mahkemeleri tarafından suç işlendiğinin bir kesin hüküm kapsamında tespit edilmesi bu gerekliliğinin yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir.

<sup>5</sup> Örnek olarak haksız fiillerden sorumlulukta istisnai zamanlaşımı bağlamında: İnceoğlu, Baş Sützel ve Aytekin İnceoğlu (n 4) 181; Barış Demirsatan, 'Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal' (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 717, 724. Aynı riskin bağışlama sözleşmesinden dönmeye ilişkin TBK 295/1 (1)'de yer alan ağır suç işlenmesi, mirasçılarının bağışlamadan dönme hakkını kullanmalarına dair TBK. 297, boşanma sebebi olarak küçük düşürücü suç işlemeye dair MK 163 ve hayata kasta ilişkin MK 162 ile hayata kast nedeniyle boşanmanın mal rejimi tasfiyesine etkisi hakkındaki MK 263 ve 252 hükümleri açısından da bulunduğu vurgulanmalıdır.

<sup>6</sup> İnceoğlu, Baş Sützel ve Aytekin İnceoğlu (n 4) 178; Feyzioğlu (n 1) 149; Allenet de Ribenont v Fransa Başvuru no 15175/89 (AİHM, 10 Şubat 1995); Ürfi Çetinkaya v Türkiye Başvuru no 19866/4 (AİHM, 23 Mart 2013).

<sup>7</sup> Yayınların lekelenmeme hakkını ihlal ettiği yönünde kararlar: Yargıtay HGK, 4-842/332, 3.6.2020 (Kazancı); Yargıtay HGK, 4-1361/1447, 29.11.2017 (Kazancı) "Somut olayda karşı karşıya gelen hukuki değerler, basın özgürlüğü ile masumiyet ( suçsuzluk ) karinesidir. ... Masumiyet karinesi, sanığa mahkemelerin tarafsızlığı garantisini veren, onun kusuru kanıtanmadan bir suçlu gibi muamele görmesini engelleyen anayasal bir haktır. Bir suçtan dolayı kovuşturulan

bir kişinin hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunmaksızın suç ithamıyla karşılaşması kişi onurunu zedeler. Kişi onuru da kişilik hakkı kapsamında korunan değerler arasındadır<sup>8</sup>. Bunun ötesinde, kamu gücünü kullanmayan kişilere karşı ileri sürülmesi söz konusu değildir. Ancak Devlet, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği için kamu gücünü kullanmayan kişilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulabilmektedir.

Mahkemelerin de bireysel başvuru ve AİHM içtihadında kamu gücü kullanan makam sayılmaları, kararlarını verme süreçlerinde ve kararlarında Anayasa ve AİHS’de tanınan temel haklara riayet etmeleri gereğini doğurmaktadır<sup>9</sup>. Dolayısıyla

*şüpheli ya da sanığın hâkim ve kamuoyu önünde ön yargılı olarak suçlu sayılması önlemeye yöneliktir. Böylece kişiye iki yönlü koruma sağlamaktadır. Suçsuzluk karinesi ile yargılama başlamadan önce hâkimlerin şüpheli ya da sanık hakkında ön yargı taşınmaması, dış etkilere kapalı kalarak sadece delillere göre vicdani kanaat oluşturması amaçlanmıştır. Bu karine ile bir kişinin kamuoyu nezdinde suçlu gibi gösterilmesinin önüne geçilerek, lekelenme hakkı da korunmak istenmiştir. Bu sebeple masumiyet karinesine riayet edilmeden yapılan haberler, temelde kişinin lekelenme hakkını ihlal etmektedir. ... Anayasa’daki bu düzenleme şekli, masumiyet karinesinin sadece yargılama makamlarını değil tüm kamu makam ve mercileri ile üçüncü kişileri de bağlayan bir ilke olduğunu göstermektedir. Bu sebeple basının da toplumu bilgilendirme görevi ile kişilerin lekelenme hakkı arasındaki dengeyi gözetmesi, şüpheli ya da sanığın suçlu gibi görülüp algılanmasına yol açacak eylemlerden kaçınması gerekmektedir. .... Basın yoluyla yapılan haberler geniş kitlelere ulaştığından toplum üzerindeki etkisi daha fazla olmaktadır. Dolayısıyla basın yoluyla masumiyet karinesinin ihlalinin doğan sonuçlar da daha ağır olmaktadır. Ne var ki, basın yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde en sık rastlanan örneklerden biri de mahkeme kararından önce kişilerin suçlu ilan edilmesidir. Teknolojik gelişmelere paralel olarak iletişim alanında yaşanan ilerleme kişilerin çok kısa sürede suçlu ilan edilmelerini kolaylaştırmaktadır. Adli haber sonucunda bir şekilde suçlu ilan edilen kişiler sonradan beraat ettiğinde ise ya basında yer almamakta ya da suçlu olarak ilan edildikleri haber kadar ilgi çekmemektedir. Basının, kamuoyunu ilgilendiren olay ve davalara ilgi göstermesi doğası gereği olsa da olaylar ve yargıya intikal etmiş davaların verilmiş biçimi noktasında objektiflik kriterine uygun davranılmalıdır. ... Eldeki davaya konu yazıda o yazıdan aynen alıntı yapıldığı belirtilmiş ise de surf alıntı yapılmış olması, hukuka uygunluk ve objektiflik kriterlerinin aşılması halinde yayımı yapanları sorumluluktan kurtaran bir durum değildir. Sonuç olarak, yazı içeriğinin bir bütün olarak davacının suçsuzluk karinesi ve lekelenme hakkını zedelediği, böylece kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu ve davacı lehine uygun bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği...”; Yargıtay HGK, 4-842/332, 3.6.2020 (Kazancı); Yargıtay 4 HD, 11804/7638, 23.6.2010 (Lexpera) “Davacı, dava konusu kitabının yayınlandığı günde, varlığı yargı kararı ile belirlenmemiş bir örgütle ilgili soruşturma kapsamında şüpheli konumundadır. Soruşturma aşamasında suçsuzluk karinesi bir zorunluluk olup kişinin suçu kanıtlanmadan önce suçlu gibi işlem görmemesi, suçsuzluk karinesi ile sağlanabilir. Cumhuriyet Savcıları tarafından yürütülen soruşturma kapsamında kuşku dolu durumda olan davacı hakkında suçlayıcı açıklamalarda bulunma yetkisi olmayan davalı yazarın, “X1” adındaki kitabında davacı hakkında yaptığı açıklamalar davacının adil yargılanma hakkını ve masumiyet karinesini zedeler ve adil yargılanma yapıldığına olan inancını sarsar. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu benimsenip davalılardan K3’in, davacı yararına takdir edilecek uygun bir manevi tazminat tutarı ile sorumlu tutulması gerekir...”; Yargıtay 4 HD, 1715/4615, 22.3.2012 (Lexpera) “Her ne kadar yayın tarihinde davacı, atılı suçtan tutuklu ise de, fotoğrafı da basılarak “...’nin katili yakalandı. Zanlı K3 Kaçarken düşürüldüğü elektrik faturasından yakalandı...” biçiminde sunulan haberde Anayasanın 15. maddesinin son cümlesinde yer alan “...suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” biçiminde düzenlenen masumiyet karinesi ihlal edilmiştir. Davacı henüz sanık sıfatı dahi almamış iken hakkında “...katil...” sözcüğü kullanılmak yoluyla toplumun kendisine karşı infial duymasına neden olacak biçimde öz ile biçim arasındaki denge bozulmuştur. Şu durumda dava konusu haber ile davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu kabulü gerekir”; Yargıtay HGK, 1406/449, 23.6.2020 (Lexpera); Yargıtay HGK, 1321/415, 9.4.2019 (Lexpera); La Semaine judiciaire 1995 I 174. Farklı yönde; Yargıtay 4 HD, 4053/965, 15.2.2018 (Kazancı) “Mahkemece eylemin masumiyet karinesi ve lekelenme hakkının ihlali niteliğinde olduğu, eleştiri sınırlarının aşıldığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosyanın incelenmesiyle; paylaşım tarihinde davacılara ait fotoğrafların evvelce basında yer aldığı bu haliyle görünür gerçeğe uygun olduğundan, kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez”. Ayrıca; Burcu Değirmencioğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması’ (2019) 2 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307, 334-335. Kişilik hakkının bazı unsurlarının anayasal değere olduğu; Peter E. Quint, ‘Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory’ (1989) 48(2) Maryland Law Review 247, 302.*

<sup>8</sup> Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (21. Bası, Filiz 2022) N 607; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku* (22. Bası, Filiz 2021) 130; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (6. Bası, Vedat 2015) 464; Werly (n 2) 25; İsviçre Federal Mahkemesi, 5A\_60/2008, 26.6.2008 (Swisslex).

<sup>9</sup> Claus-Wilhelm Canaris, ‘Grundrechte und Privatrecht’ (1984) 184 Archiv für die civilistische Praxis 201, 228; Jörg Fedkte, ‘Drittwirkung in Germany’ *Human Rights and the Private Sphere* (Routledge-Cavendish 2007) 148 vd; Detlev W. Belling, ‘Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreu und Legalitätskontrolle von Tarifnormen’ (1999) Zeitschrift für Arbeitsrecht 547, 573; Aurelia Colombi Ciacchi, ‘Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts’ *Unconscionability in European Private Financial Transactions – Protecting the Vulnerable*

mahkemeler, ulusal hukuku uygulamak temel hak ihlaline yol açmamak için bu haklara uygun karar vermekle yükümlü olmaktadır. Ulusal hukuk uygulanırken temel haklara uygun yorumun esas alınması zorunlu olmakla birlikte temel haklarla çatışan düzenlemeler bakımından temel haklar üstün tutulmak gerekmektedir. Aksi takdirde Anayasa veya AİHM nezdinde temel hak ihlali gerekçesiyle yapılabilecek bir başvuru sonucunda ihlal kararı çıkacaktır.

Masumiyet karinesi bakımından da bir özel hukuk uyuşmazlığında mahkeme, davanın taraflarından birini, yargılamada incelenen olgular bakımından hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü<sup>10</sup> bulunmadan suç işlemeşçesine hüküm kurarsa

(Cambridge University 2010) 10-13; Alman Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 12/92, 6.2.2001; Bu yönde Fransız mahkeme kararları için: Jean-Pierre Marguénaud, 'La fondamentalisation du droit privé' (2015) 11 Revue de droit d'Assas 33, 35; Oya Boyar, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019) 42; O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021) N 2972-2979; Anayasa ve özel hukuk ilişkisi için ayrıca: Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2014) §40 N 2 ve dn 4.

<sup>10</sup> Bu bağlamda ceza yargılamasında sanık aleyhine ispat yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle beraata hükmedilmesi durumunda, beraat etmiş sanığa suçluymuş gibi kamu gücü tarafından muamele edilmesi masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelir: İnceoğlu, Baş Süzel ve AYTEKİN İnceoğlu (n 4) 182; Elif Bekar, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)' (2017) 75(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15, 29. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olduğu bir olasılıkla ise ilk derece ceza yargılaması mercii sanık aleyhine esas hakkında bir karar vermekle birlikte, bu karar kesin hüküm niteliğini taşımaz. Bu nedenle başka bir uyuşmazlıkta mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanması masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelir (Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, 2012/665, 27.7.2013 "Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir"; Anayasa Mahkemesi, 2013/2091, 4.11.2015 "Başvuru konusu Mahkemenin karar gerekçesinde geçen "... Ağır Ceza Mahkemesinin ilgili ceza dosyası sureti ve ilamlar dosya içine celp edilmiş olup, davacının yukarıda açıklanan olay sonucu mahkûmiyetine karar verildiği, ancak ceza yasaları gereği hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sabittir. Feshe dayanak olay, ceza davası dosyası ile doğrulanmıştır. " ifadesi Mahkemenin Ceza Mahkemesinin mahkûmiyet yönündeki tercihi atıf yaptığını göstermektedir. Mahkeme kararında kullanılan ifade ve değerlendirmeler dikkate alındığında Mahkemenin yalnızca ceza dosyası kapsamındaki mahkûmiyet kararını esas aldığı, Ceza Mahkemesinin eyleme yönelik yaptığı tespiti bağlı olarak olayın gerçekliğine kanaat getirdiği ve sonuca ulaştığı anlaşılmıştır. Mahkemenin; Ceza Mahkemesi kararındaki tespiti bağımsız, kendi görüşünü ortaya koyacak herhangi bir delili kararında irdelemediği, olay ve olgular hakkında yeni bir değerlendirme yapmadığı, dolayısıyla münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanarak nihai kararı tesis ettiği anlaşılmıştır"; Tosun (n 2) 28-29). Nitekim uygulama bu yönde gelişmiş olup özel hukuk uyuşmazlıklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına dayanılması söz konusu olmamaktadır: Yargıtay HGK, 19-639/30, 1.2.2012 (Kazancı) "Eğer bu yönden kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı bulunmuyorsa, hukuk hakimini bağlayacak bir ceza mahkemesi kararından da söz etmek mümkün değildir ... hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkûmiyet anlamında değildir. Bu sebeple ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından B.K.nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlamayacaktır"; Yargıtay 19 HD, 19182/8887, 16.6.2015 (Kazancı); Bu yönde: Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021) N 101.3; Murat Atalı, *Pekcanutez Usûl-Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017) 2077-2079; Derya Belgin Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019) 95-98. Aksi fikirde: Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Turhan 2018) 613; M Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 599. Şahsi cezasızlık sebebi bulunması durumunda CMK 223/4-b uyarınca ceza vermeye yer olmadığı kararı verilecektir. Bu durumda sanığın suç işlediği sabit olduğundan bu kişi aleyhine sonraki bir yargılamada bu karara dayanılması masumiyet karinesinin ihlaline neden olmayacaktır. Öte yandan CMK 223/3-b hükmü, zorunluluk halinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza vermeye yer olmadığı kararı verileceğini düzenlemektedir. Buna göre, yürürlükteki ceza hukuku mevzuatının zorunluluk halini bu hukuk alanı bakımından hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak ele aldığı görülmektedir (Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019) 384). Öğretide, bu olasılıkla suçun gerçekleştiği ancak kusurluğun bulunmaması nedeniyle cezalandırılmadığı belirtilmektedir (Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha 2018) 243; Bekar (n 10) 31; Belgin Güneş (n 10) 29; Özge Ceren Yavuz, 'Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Hâlinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi' (2018) 1(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 133; Medeni hukuk bakımından zorunluluk hali teşkil eden durumlarda beraat kararı verilmesi vurgusu ile: R Murat Önok ve Işık Önay, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği' (2019) 77(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 847, 891). Buna göre, sonraki bir özel hukuk yargılamasında bu karara dayanılması masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Ancak ceza hukuku öğretisinde zorunluluk halinin niteliğine ilişkin eleştiriler de mevcuttur: Zeki Hafizoğulları, 'Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi' (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 367 dn 97.

yahut bu yönde bir ifadeye karar gerekçesinde yer verirse, kamu gücü tarafından ilgili kişinin lekelenmeme hakkı ihlal edilmiş olur<sup>11</sup>. Bu sonuçtan kaçınmak için özel hukuk mahkemelerinin de hüküm verirken ve karar gerekçelerini oluştururken kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunmadan bir kimseyi bir suç tipini işlemiş olarak addetmemesi gerekmektedir<sup>12</sup>.

Bir özel hukuk ilişkisinde hukuki bir sonucun doğumu için kesinleşmiş mahkûmiyet kararının varlığı mevzuat tarafından aranmışsa, özel hukuk mahkemesi hüküm verirken mahkûmiyet kararının varlığını ulusal hukuk kurallarını uygularken takdir edecektir. Ancak, ilgili düzenlemelerde konusu suç teşkil eden bir olgunun varlığı sonucuna varmak için kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı gerekli görülmemiş<sup>13</sup>

<sup>11</sup> İnceoğlu, Baş Süzel ve Aytekin İnceoğlu (n 4) 180-181; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (12. Bası, Seçkin 2022) 182; Akif Yıldırım, 'Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi' (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 491, 507; Feyzioğlu (n 1) 152; Değirmencioglu (n 7) 341; Antoine Thélin, 'L'indemnisation du prévenu acquitté en droit vaudois' (1995) 1995(III) Journal des Tribunaux 98, 102. Ceza yargılamalarında davanın zamanasını nedeniyle sona erdirilmesi halinde sanığın yargılama giderlerinden mahkûm olmuşcasına sorumlu tutulması masumiyet karinesinin ihlalini teşkil eder: Minelli v İsviçre Başvuru no 8660/79 (AİHM, 25 Mart 1983); Ceza yargılamasının mahkûmiyet dışında bir kararla sonuçlanması durumunda kararın sanığın suçluluğunu ima eder tarzda ifadeler içermesinin masumiyet karinesinin ihlali anlamına geldiği: Lutz v Almanya Başvuru no 9912/82 (AİHM, 25 Ağustos 1987); Sekanina v Avusturya Başvuru no 13126/87 (AİHM, 25 Ağustos 1993); Anayasa Mahkemesi, 2014/2354, 16.10.2014 (Kazancı); Anayasa Mahkemesi, 2013/2091, 4.11.2015 (Kazancı); ATF 116 Ia 162; ATF 114 Ia 299. Suç ithamı bulunmayan gerekçelerin ihlale yol açmayacağı: İsviçre Federal Mahkemesi, 4A\_180/2010, 3.8.2010 (Swisslex).

<sup>12</sup> Yargıtay 7 HD, 40196/6691, 21.3.2016 (Kazancı) "Ayrıca feshe konu olay ile ilgili davacının savunmasında eylemi kabul ettiği ancak söz konusu müşterinin ablası olduğunu ve onun talimatı ile işlem yapıp bedelini de iade ettiğini beyan ettiği, bu beyanının da duruşmada davacı tanığı olarak dinlenen ilgili müşterinin beyanları ile de teyit edildiği halde yani somut olayda davacının haksız kazanç elde ettiğine dair yeterli kanıt bulunmaz iken mahkeme gerekçesinde "... kendisine haksız kazanç sağladığı anlaşıldığından..." şeklinde masumiyet karinesini ihlal niteliğinde kabul edilebilecek bir tespitle bulunulması da Dairemizce hatalı kabul edilmiştir". Karş İsviçre Federal Mahkemesi, 5A\_177/2012, 2.5.2012 (Swisslex). Bu kararda Federal Mahkeme eşlerden birine yöneltilmiş suç teşkil eden ithamlar hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş olsa dahi bu durum evlilik birliği içindeki güven unsurunu zedeleyeceğini, boşanmaya bu nedenle karar verilmesinin masumiyet karinesini ihlal etmeyeceğini belirtmektedir. Aynı çıkarım şüpheye dayalı fesih durumları için de yapılabilir (Al MK §626 kapsamında: Martin Henssler, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5* (8. Bası, C.H.Beck 2020) §626 BGB N 229). Şüphenin varlığı sürekli hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hale getirmişse bu durumun yargı organı tarafından tespit edilmesi doğrudan bir itham bulunmadıkça masumiyet karinesini zedelemeye. Genel olarak şüphenin hukukun sonuç doğurduğu durumlar ile bir kişiye suç zifesiyle birleştirilerek mahkûm edilmesi gerekir.

<sup>13</sup> Aşağıda ifade edileceği üzere çalışma konusunu oluşturan mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma sebepleri açısından da durum böyledir. Mirastan yoksunlukta: Gaspard Couchepin ve Laurent Maire, *Stämpflis Handkommentar Commentaire du droit des succession* (Stämpfli 2012) Art 540 CC N 13; Stephanie Hrubesch-Millaure, *Orell Füssli Kommentar ZGB Kommentar* (42. Bası, Orell Füssli 2021) Art 540 ZGB, N 10; Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht Zweite Abteilung* (3. Bası, Schulthess 1960) Art 540 ZGB N 7-8; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020) 370; M Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995) 266; Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1978) 465; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi Cilt I-II* (On İki Levha 2018) C II N 73; B. İlkay Engin, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir Kitabevi 2010) 79; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987) 533; Mirasçılıktan çıkarmada: Paul Piotet, *Droit successoral* (2. Bası, Editions universitaires 1975) 390; Balthasar Bessenich ve Samuel Rickli, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB)* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2019) Art 477 ZGB N 11; Leila Roussianos ve Géraldine Auberson, *Stämpflis Handkommentar Commentaire du droit des succession* (Stämpfli 2012) Art 477 CC N 11; Jean Guinand, Martin Stettler ve Audrey Leuba, *Droit des successions* (6. Bası, Schulthess 2005) N 173; Dural ve Öz (n 13) 206; Oğuzman (n 13) 210; Ali Naim İnan, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (8. Bası, İleri 2012) 364; O. Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (3. Bası, Legal 2015) 206; İmre (n 13) 380; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Yetkin 2019) 192; Çabri (n 13) C I N 441; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013) 130; Samim Gönensay ve Kemalettin Birsan, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963) 62; JdT 1948 I 258. Bununla birlikte bir olgunun gerçekleşmesi ceza mahkûmiyetine bağlanmışsa, bu durumda hükümün kesinleşmesi gereklik arz eder: Yargıtay 11 HD, 55/87, 7.1.2013 (Kazancı) "Dava, genel kurul karar iptaline dair olup, mahkemece hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçundan mahkûm olan kişinin yeniden yönetim kurulu üyeliğine seçilmesinin iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle genel kurul kararının ilgili maddesinin iptaline karar verilmiştir. Ancak TTK'nun 315/2. maddesinde "İdare meclisi azalarından biri iflasa tabi kimselerden olup da iflasına karar verilir veya hacir altına alınır yahut azalık için lüzumlu kanuni vasıfları kaydederse, vazifesi sona ermiş olur. Ağır hapis cezası ile veya sahtekârlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkûmiyet halinde dahi hüküm aynudur" hükmü düzenlenmiştir. Kanun'un lafzına göre ancak



olsa da kamu gücünü kullanan bir makam olarak özel hukuk mahkemesinin temel hak ihlaline sebebiyet vermemek maksadıyla masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına riayet ederek kesinleşmiş mahkûmiyet kararını esas alması gerekecektir. Bununla birlikte yargılamada temel hak ihlalinden kaçınılması gerekliliği, maddi hukukta öngörülen koşulların değişmesi anlamına gelmemektedir. Maddi hukukta öngörülmüş koşullar ile yargılama sonucunda özel hukuk mahkemesinin temel hak ihlalinden kaçınması gerekliliği yargılamada esas alınması gereken koşullar arasında ayrılık yaratmaktadır<sup>14</sup>. Ancak Anayasa'ya ve AİHS'ne uygun yorum ilkesi<sup>15</sup> dikkate alındığında, özel hukukta kanun hükümlerinin yorumlanmasıyla bu koşulun maddi hukuk tarafından da arandığı sonucuna ulaşılması yolu kapalı değildir<sup>16</sup>. Öyle ki kanunların yorumlanmasında bu ilkelerin esas alınması sonucunda maddi hukuk ve temel hakların korunmasına ilişkin ilkeler arasındaki ayrılık giderilmiş olacaktır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 114/II ve Medeni Kanun (MK) madde 5

*mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde yönetim kurulu üyesinin vazifesi sona erer. Dairemizin yerleşmiş kararları gereğince de ancak kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunması yönetim kurulu üyeliğine seçilmeye engeldir. Davalı şirket genel kurulu, bu durumu bilerek dava dışı kişiyi yönetim kuruluna seçmiş olup hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmediğine göre masumiyet karinesi de göz önüne alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*

<sup>14</sup> Türk hukukunu ilgilendiren güncel bir örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 70133/6 sayılı başvuruya ilişkin 5.7.2022 tarihli kararı verilebilir. Eski vakfın kurucu belgesinde salt erkek vakıf evlatlarının galleye hak kazanacağına öngörüldüğü gerekçesiyle kadın davacının talebinin reddine ilişkin ulusal mahkeme kararlarının, ayrımcılık yasağı hakkındaki AİHS 14 hükmünü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. Böylece Mahkeme ayrımcılık yasağını özel hukuk ilişkilerinin tamamına uygulama yolunu açmıştır. Ayrımcılığın kişilik hakları bakımından sonuçları: Yargıtay 4. HD, 13725/6981, 8.11.2017 (Lexpera) “Somut olayda; davalıya ait ... isimli sitede ... ve ... havaalanında vurgun mu yaptılar?” başlıklı bir yazı yayımlanmıştır. Bu yazının içeriğinde, davacı ...nin bünyesinde bulunan şirketler tarafından 2006 yılında... de satın alınan arazilerin, üçüncü köprü ve üçüncü havaalanı yapılmasına yönelik imar planındaki değişiklikten sonra daha yüksek fiyata satılması eleştirilmiştir. Ancak ilgili yazının başlığında yazı içeriği ile ilgisiz bir biçimde, davacının sahibi olduğu ... markası ile ilgili ...ifadesine yer verilmiştir. Davaya konu yazının başlığında yer alan bu ifade hedef gösterme, kişileri din ve inançları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutma niteliğinde olduğundan kişilik haklarına saldırıda bulunulmuştur. Söz konusu ifadenin ayrımcılık niteliğinde olması nedeni ile bir miktar manevi tazminat hükmedilmesi gerekir”; Yargıtay 4 HD, 12084/1064, 30.1.2012 (Lexpera) “İnançlar arasında din ya da inançları gerekçeleriyle ayırım gözeterek onları aşağılamak veya hedef göstermek insan onuruna saygısızlık olduğu gibi kişilik haklarına da saldırı oluşturmaktadır”; Yargıtay 4 HD, 811/4084, 14.3.2012 (Lexpera); Fransız Temyiz Mahkemesi de ırkçı hükümler içeren bir vasiyetname hükümünü hukuka aykırı addetmiştir: Olivier Beaud, ‘Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux-Un regard français sur la conception allemande’ (2013) 10 Jus Politicum 1, 8.

<sup>15</sup> Jörg Paul Müller, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV Der Freiheit Chancengeben* (Stämpfli 2018) 110 vd; Manfred Wolf ve Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H.Beck 2016) §4 N 36 ve 50-51; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017) §2 N 250-252; Demirsatan (n 5) 734; Semih Batır Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu* (Seçkin 2021) 147 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 9) §40 N 3 ve dn 5; Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013 (Kazancı); Yargıtay HGK, 3-163/308, 17.4.2002 (Kazancı) “Yasa kurallarının, birer bağlayıcı ve üstün hukuk kuralları olan anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması esastır. Bir yasa kuralı, değişik biçimlerde yorumlanabiliyorsa, bunlardan Anayasaya en uygun olanının benimsenip uygulanması gerekir. Anayasanın 35.maddesi, mülkiyeti kişinin temel hakları arasında saymıştır. O nedenle, bu hakkın kısıtlanmasına ancak sınırlandırmanın kaçınılmaz olduğu zorunlu ve istisnai durumlarda başvurulmalıdır. Bu durumda, mülkiyet hakkını sınırlayan kuralların bu anlayış içinde, başka bir deyişle kapsamları genişletecek biçimde değil, daraltacak biçimde yorumlanmaları gözden kaçırılmamalıdır”. Ayrıntılı bilgi ve deşerlendirmeye: Antalya (n 9) N 2943-2971.

<sup>16</sup> Kaldı ki, söz konusu kanun hükümlerinin temel hak ihlaline yol açtığından bahisle Anayasa Mahkemesi nezdinde somut norm denetimine götürülmesi halinde Mahkeme'nin yorumlu ret kararı vererek ve böylece masumiyet karinesine aykırı uygulamaları hükümlerin kapsamında çıkarmak suretiyle Anayasa ve AİHS'ne uygun yorum diğer yargı organlarına dayatması son derece olasıdır. Yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı: Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta 2020) 258 vd; O. Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi* (Beta 2004) 244; İbrahim Şahbaz, ‘Anayasa Mahkemesi Kararının Gereğesinin Bağlayıcılığı Sorunu’ (2020) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341, 356 vd; Anayasa Mahkemesi, 16/3, 27.1.1987 (Kazancı); Anayasa Mahkemesi, 5/18, 7.2.2007 (Kazancı). Bireysel başvuru kurumu ile bağlayıcılığın kuvvetlendiği: Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2015) 12; Ozan Ergül, ‘Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme’ (2018) 35 Anayasa Yargısı 225, 228.

uyarınca tüm özel hukuk yargılamalarına uygulanması gereken TBK 74 hükmüne göre, hukuk hâkiminin ceza mahkemesinde kusura, sorumluluk koşullarına, zarara ilişkin varılan sonuçlarla bağlı olmadığı gibi beraat kararıyla da bağlı değildir. Hukuk hâkimi bu düzenlemenin sınırları çerçevesinde ceza yargılamasıyla bağlı olmamakla birlikte, hükmün hukuk hâkiminin masumiyet karinesi ve lekelenme hakkını göz ardı edebileceği yönünde bir anlam verilmesi yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda mümkün değildir. Dolayısıyla TBK 74 hükmüne dayanarak mahkûmiyet kararı gerekliliğinden kaçınılması söz konusu olamaz.

Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına riayet etmek maksadıyla özel hukuka tâbi bir uyumsuzlukta, suç teşkil eden olguların takdiri için kesinleşmiş mahkûmiyet kararının aranması, suç teşkil eden fiili işlemiş olduğu iddia edilen kişinin aleyhine kesinleşmiş mahkûmiyet kararı verilmeden önce hayatını kaybetmiş olduğu olasılıklarda sorun oluşturabilir<sup>17</sup>. Zira ölmüş bir şahıs hakkında soruşturma yapılması söz konusu olmadığı gibi kovuşturma aşamasında da sanığın ölümü kamu davasının düşürülmesine neden olur (Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 64/I). Bu olasılıkta, müteveffa hakkında suç teşkil eden bir fiil işlemiş olduğu yönünde özel hukuk mahkemesince yapılan tespit, ölümden sonra Anayasa madde 38/IV ve AİHS 6'daki temel hakkın ihlal edilmesi anlamına gelmez<sup>18</sup>. Zira aksi takdirde aleyhe kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün elde edilmesinin imkânsızlaşması nedeniyle bu kararın alınabildiği durumda hak kazanacak kişilerin haklarından mahrum kalması söz konusu olacaktır ve müteveffa hak ehliyetini yitirmiş olduğundan kural olarak bir temel hak ihlaline maruz kalmaz<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Yargıtay 2 HD, 2766/7790, 22.4.2009 (Kazancı) “*Mirasbırakan Fatma'nın eşi Cemal davadan önce vefat etmiş olup, mirasçıları da davacılardır. Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılamada sanık Cemal vefat ettiği önden davanın düşmesine karar verilmiştir. Mirastan yoksunluğu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesinin 1. fıkrasında, mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek mirastan yoksunluk sebebi olarak gösterilmiştir. Mirastan yoksunluğunun tespiti de mirasçılık belgesi verilmesinde görevli mahkemeye aittir. Mahkemece yapılacak iş, ceza dosyası da incelenerek mirastan yoksunluk sebebinin bulunup bulunmadığının tespiti ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Yoksunluk sebebinin tespiti halinde mirasçılık belgesinde miras paylarını gösterecek şekilde hüküm kurulması, ancak Cemal'in mirastan mahrum olduğunun ve mahrumiyetinin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında gözetileceğine işaret edilmelidir*”.

<sup>18</sup> Böyle bir durumda mirastan yoksunluğunun gerçekleştiğine karar verilmesi gerektiği yönünde: *Velcea&Mazare v Romanya Başvuru no 64301/01 (AİHM, 1 Aralık 2009)*. Mirastan yoksunluk için mahkûmiyet kararı arayan ilgili iç hukuk düzenlemesi nedeniyle mirasbırakanı öldüren sanığın ölümünden sonra bu hususta karar verilememesi ve sanığın mirasçılarına öldürülen kişinin terekesinin intikal etmesi nedeniyle yapılan başvuruda AİHM, Romanya hükümetinin savunmasına karşın konuya sözleşmenin 6. maddesi yönünde yaklaşmamıştır. Mahkeme, aile yaşamı çerçevesinde meydana gelen olayların ilgili iç hukuk düzenlemesinin yorumlanması bakımından gerekli olduğunu, öldürme gibi bir olgunun varlığı halinde bunun mirasın geçişinde nazara alınmamasının sözleşmenin aile hayatına ve özel hayata saygıya ilişkin 6. maddesine aykırılık oluşturacağını kabul etmiştir. Karş LG Köln (28. Zivilkammer), 28 O 189/15, 9.11.2016 (Beck-Rechtsprechung (2016) 131131 N 16 ve 19). Bu kararda vefat eden kişinin fotoğrafının bir suçun faili olarak basın organında yayımlanmasının ölenin *post mortem* kişilik hakkını ihlal ettiği, masumiyet karinesinin ölümden sonra da söz konusu olduğu kabul edilmiştir.

<sup>19</sup> François Terré, Yves Lequette ve Sophie Gaudemet, *Droit Civil Les successions Les libéralités* (4. Bası, Dalloz 2013) N 70 ; Philippe Malaurie, *Droit civil Les successions Les Libéralités* (2. Bası, Defrénois 2006) N 48. Nitekim Fransız Medeni Kanunu, mirastan yoksunluk (*indignité*) sebepleri (madde 726 ve 727) bakımından mahkûmiyet kararının varlığı maddi bir koşul olarak aramakta ise de takdiri yoksunlukta (madde 727), on beş yıla kadar hapis cezasını gerektirecek şekilde mirasbırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden yahut yaralayarak ölümüne neden olan kişinin ölümü nedeniyle, mahkûm olmaması durumunda dahi bu hususta tespitte bulunulabileceği kabul edilmiştir. Aynı fiillerin on beş yıl ve üzeri hapis cezası gerektirmesi halinde ise mirasa hak kazanamama diğer mirasçıların mahkemeye başvurmasına ve hâkimin uygun görmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşir. Bu durumda anılan imkân 726. maddede öngörülmemekle birlikte örneklemeye madde 727/son'un uygulanmasının mümkün olduğu çıkarımında bulunmak mümkündür. Genel olarak gerekmeceği fikrinde: Malaurie (n 19) N 48. Bu değerlendirmenin şüpheli veya sanığın

Bir özel hukuk uyuşmazlığı çerçevesinde mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatının belirlenmesi hususunda mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma kurumlarına başvurmak gerektiğinde, miras hukukundan ileri gelen hakların kazanılmasına engel oluşturduğu iddia edilen sebeplerin niteliğine göre masumiyet karanesi ve lekelenmeme hakkının zedelenmesi riski doğacaktır. Aşağıda her bir mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebebi açısından bu temel hak ihlal edilmeksizin nasıl değerlendirme yapılabileceğine değinilecektir. Bununla birlikte, kanunda belirtilen suç tanımını işlemiş sayılmak için suça iştirakin (TCK 37-40) yeterli olduğu nazara alındığında, ilgili mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleştiğine ilişkin değerlendirmenin suçun işlenmesiyle bağlantısı olduğu takdirde suça iştirak kapsamında mahkûmiyetin yeterli olacağı gözden kaçırılmamalıdır<sup>20</sup>.

## B. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin İhlal Kararı Verilmesinin Sonuçları

Masumiyet karanesi ve onunla ilişkili olarak lekelenmeme hakkının mahkeme kararı ile ihlal edildiğinden bahisle Anayasa Mahkemesi'ne veya AİHM'ye yapılan başvuru yokucunda ihlal kararı çıkarsa temel hak ihlaline yol açan mahkeme kararının yargılamanın iadesine konu olması gerekir. AİHM'nin verdiği ihlal kararı açısından bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 375/I (i) hükmüyle yargılamanın iadesi sebebi olarak açıkça düzenlenmiştir. Bireysel başvurularda ise bu hukuki imkân 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde tanınmıştır. İhlal kararının verilmesi halinde Anayasa

salt ölümlüyle değil, aleyhine yargılama yapılarak hüküm verilmesinin imkânsızlaştığı veya çok güçleştiği yahu ceza yargılamasının uzadığı diğer durumlara da uygulanmasının olanaklı olup olmadığı aklı gelebilir. Bu noktada esasen hakkı şüpheli veya sanığın suçu işlemiş olmasına bağlı olan tarafın menfaati ile şüphelinin veya sanığın lekelenmeme hakkının korunmasına ilişkin menfaatinin tartılması söz konusu olmaktadır. Kanımca, temel hakların dokunulmaz bir unsurunu oluşturan masumiyet karanesi ve lekelenmeme hakkı her halde üstün tutulmak gerekir. Karş Wolfgang Portmann, 'Die Anfechtung des öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrags wegen eines Willensmangels - Mit Ausführungen zur Tragweite der Unschuldsvermutung (Besprechung von BGE 132 II 161, vollständiger Text im Urteil 2A.621/2005 vom 30. Januar 2006)' (2006) 4(6) Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 144, 156-158. Yazar burada her temel hakkın sınırlanabileceğini, masumiyet karanesi bakımından da şüphe feshi bağlamında menfaatler dengesinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Anayasa madde 38 hükmünde bu temel hakkın sınırlanması için sebep öngörülmemesi ve Anayasa'nın madde 15 hükmü dikkate alındığında bu görüşün Türk hukukunda kolaylıkla benimsenmesi mümkün değildir. Alman hukukunda farklı yönde karşı: Julian Rodenbeck, '#MeToo vs. Persönlichkeitsrechte und Unschuldsvermutung Grenzen der Veröffentlichung verjährter und nicht verjährter sexualstrafrechtlicher Vorwürfe' (2018) 71(17) Neue juristische Wochenschrift 1227, 1229; LG Itzehoe, 9 S 70/17, 20.7.2018 (Neue Juristische Online Zeitschrift 2019/12, 409) "Mahkeme, kovuşturmanın tamamlanmasını beklemek zorunda değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki eğer ciddi şüphe mevcutsa hak sahibinin özel hukuk yargılamasında cezai kovuşturmanın sonuçlanmasını beklemek zorunda olması makul değildir. Dolayısıyla mahkeme, yargı faaliyetini ceza yargılamasının nihai olarak sonuçlanmasına dek durdurmaya mecbur değildir. Bu yönde bir hukuki gereke bulunmadığı gibi esasen bu durum özel hukuk yargılamasının makul süreyi aşacak şekilde uzamasına neden olur".

<sup>20</sup> Mirastan yoksunlukta: Gönensay ve Birsan (n 13) 194; Çabri (n 13) C II N 80; Oğuzman (n 13) 266; Engin (n 13) 85; Kocayusuflaşaoğlu (n 13) 533; Pascal Montavon, *Abrégé de droit civil* (4. Bası, Schulthess 2020) 639. Mirasçılıktan çıkarmada: Piotet (n 13) 390; Peter Weimar, *Berner Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen* (3. Bası, Stämpfli 2009) Art 477 ZGB N 5; Christoph Wildisen, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Bası, Schulthess 2016) Art 477 ZGB N 3; Antalya ve Sağlam (n 13) 206; Çabri (n 13) C I N 441; Oğuzman (n 13) 210; Yağcı (n 13) 103; ATF 76 II 265; ATF 73 II 214. Kasten öldürme ve mirastan yoksunluk çerçevesinde: Yargıtay 14 HD, 3837/267, 16.1.2017 (Kazancı) "Davacı, ...'nin muris ...'yı kasten öldürmeye azmettirme suçundan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunduğunu ...'nin mirastan yoksun olduğunu, ...'nin diğer eşinden olan altsoyunun ...'nin mirasçısı olamayacağını beyan ederek kararın bozulmasını istemiştir. ... mirasbırakanı kasten öldürmeye azmettirmiş olması nedeni ile mirasçı olamaz".

Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmeder. İhlal, mahkeme kararından kaynaklandığı takdirde hukuki yarar bulunduğu müddetçe başka bir deyişle temel hak ihlalinin giderilmesi için mahkeme kararına mutlak gereksinim bulunuyorsa<sup>21</sup>, yeniden yargılama yapılması<sup>22</sup> için ilgili mahkemeye dosyayı gönderir; yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve bunun sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verir (6216 sayılı Kanun 50/II).

Bu durumda ilgili mahkemenin temel hak ihlalinin kaçınmak için kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bireysel başvuru veya AİHM başvurusu sürecinde ceza mahkemesi tarafından verilmemişse, mirastan yoksunluğa veya mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin sebebin gerçekleşmediği yönünde hüküm kurması gerekecektir<sup>23</sup>. Bununla birlikte ihlal salt karar gerekçesindeki bir ifadeden kaynaklanıyorsa ve verilecek hükmün sonucunu etkileyecekse salt gerekçenin değiştirilmesi yeterlidir.

## II. Mirastan Yoksunluk Sebepleri Açısından Masumiyet Karinesi

### A. Genel Olarak

Genel anlamda miras hukuku kaynaklı hak kazanmaya ehil bir şahıs, Medeni Kanun'un 578. maddesinde yer alan fiilleri mirasbırakana (*de cuius*) ilişkin olarak hukuka aykırı ve kasten<sup>24</sup> işlediği takdirde, bu şahsa ilgili mirasbırakandan miras hukuku kaynaklı herhangi bir hak intikal etmez<sup>25</sup>. Kanun koyucunun MK 578 hükmündeki sebepleri düzenleyerek söz konusu şahsın, aleyhine bu fiilleri işlediği ve ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünü engellediği mirasbırakana mirasçı

<sup>21</sup> Ramazan Gümüştay, 'Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası' (2018) 22(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 103; İhlalin sonucu yargılama ile giderilemiyorsa, yargılamanın iadesine gidilmez: Mine Akkan, *Pekcanitez Usül-Medenî Usül Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017) 2883.

<sup>22</sup> Bireysel başvuruda ihlal kararı, yargılamanın iadesine ilişkin HMK 375 hükmünde sayılan sebepler arasında yoktur. Bununla birlikte, bireysel başvuru sonucunda 6216 sayılı Kanun uyarınca yeniden yargılama suretiyle yargılamanın iadesi gerçekleştirilmektedir. Bireysel başvuru sonucunda yargılamanın yenilenmesinin olağan iade prosedüründen birtakım farklılıkları bulunsa da işlevsel olarak yargılamanın iadesi ile özdeş olduğu kabul edilmek gerekir: Kuru (n 1) C II 1547; Pekcanitez Usül-Akkan (n 21) 2881 dn 70; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usül-Medenî Usül Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017) 2339. Farklı yönde: Kanadoğlu (n 16) 241 vd; Gümüştay (n 21) 100.

<sup>23</sup> Kuru (n 1) C II 1571; Yargıtay 2 HD, 2976/9562, 18.9.2017 (Kazancı) "O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceği hususunu, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması..."; Aynı yönde: Yargıtay 2 HD, 23893/9497, 21.4.2014 (Kazancı); Yargıtay 2 HD, 24695/361, 12.1.2016 (Kazancı).

<sup>24</sup> Piotet (n 13) 500; OFK-Hrubesch-Millauer (n 13) Art 540 ZGB N 8; Oğuzman (n 13) 265; Dural ve Öz (n 13) 370; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, Fakülter Matbaası 1985) 354; Çabri (n 13) C II N 69; Eren ve Yücer Aktürk (n 13) 421; İnan, Ertaş ve Albaş (n 13) 464; SHK-Couchepin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 10, yazarlar saikin önemli olmadığı fikrinde.

<sup>25</sup> Bu itibarla mirastan yoksunluğun terekenin paylaşımında nazara alınacağına yönelik yargı kararlarında hiçbir isabet bulunmamaktadır. Örn: Yargıtay 2 HD, 3540/6336, 19.4.2005 (Kazancı) "Mirasçılıktan çıkarma ( iskat ), mirastan feragat veya mahrumiyetin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşımı sırasında gözetileceğine işaret edilmek suretiyle ve bu durumlar yok sayılarak miras paylarını gösterir biçimde hüküm tesis edilmesi gerekmektedir"; Yargıtay 7 HD, 4829/6159, 27.10.2010 (Kazancı).

veya vasiyet alacaklısı olmasını uygun görmediği, özel hukuk cezasına benzer şekilde bir yaptırım öngörmüş olduğu ifade edilebilir. Ancak bu sebeplerin varlığına karşın mirasbırakanın affi sonucunda (MK 578/II) mirastan yoksunluk sonucunun doğumuna engel olunması, mirasbırakanın iradesinin esas alındığını göstermektedir. Bu itibarla kanun koyucunun kabulü, af bulunmadıkça mirasbırakanın varsayımsal iradesinin failin terekesinden miras hukuku kaynaklı herhangi bir hak iktisap edememesi olduğu yönündedir<sup>26</sup>. Söz konusu sebeplerin gerçekleştiği durumlarda mirasbırakanın hemen hiçbir zaman failin terekesinden miras hukuku kaynaklı bir hak kazanmasına engel olma imkânı bulamayacağından, mirastan yoksunluğun mirasçılıktan çıkarmanın tamamlayıcısı olduğu ifade edilebilir<sup>27</sup>.

Mirastan yoksunluk sebepleri gerçekleştiği takdirde mirasın açıldığı andan itibaren kendiliğinden hukuki sonuç doğurur, herhangi bir mahkeme kararına veya irade açıklamasına gereksinim bulunmaz<sup>28</sup>. Mirastan yoksunluk nedeniyle mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatının varlığının çekişmeli olduğu bir davada verilecek hüküm yenilik doğurucu nitelikte değildir<sup>29</sup>. Ayrıca genel hükümler çerçevesinde salt bu sıfatların varlığı veya yokluğu hususunda tespit davası da açılabilir<sup>30</sup>. Fakat bu konuda mahkemece yapılan değerlendirmenin yukarıda ifade edildiği üzere, Anayasa 38/IV ve AİHS 6/II hükmünü ihlal ederek temel hak ihlaline sebebiyet vermesi olasıdır.

Bu konudaki açıklamalara geçmeden önce mirastan yoksunluğa ilişkin düzenlemelerde mirasa hak kazanılmasına engel olguların MK 578/I (1) haricinde tamamlanmış olması arandığından, MK 578/I (1) saklı kalmak üzere teşebbüs nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmiş olsa dahi mirastan yoksunluğun gerçekleştiği yönünde karar verilmesinin mümkün olmayacağına işaret edilmek gerekir<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> İmre (n 13) 463; SHK-Couchepin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 2. Bu nedenle kurumun özel hukuk cezası yaptırımı olmaktan çok mirasbırakanın iradesini gerçekleştirmeye yönelik bulunduğu yönünde: Heizmann Reto, *Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015) 253; Engin (n 13) 206. Mirasbırakanın gerçek iradesinin ortaya çıkmasına engel olunmasının hükmün temelinde bulunduğu yönünde: Engin (n 13) 119. Fransız hukukunda kurumun özel hukuk cezası niteliğinde olduğu, mirasbırakanın iradesinin dikkate alınmadığı yönünde: Malaurie (n 19) N 44.

<sup>27</sup> Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB)* (6. Basi, Helbing Lichtenhahn 2019) Art 540 ZGB N 4; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 532; Köprülü (n 24) 353; Antalya ve Sağlam (n 13) 318.

<sup>28</sup> Dural ve Öz (n 13) 376-377; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 539; Engin (n 13) 168-169; Yargıtay 14 HD, 13925/2708, 3.3.2016 (Kazancı) “Mirastan yoksunluk kendiliğinden sonuç doğurduğundan ayrıca bir mahkeme kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple mirasçılık belgesinde miras paylarını gösterecek şekilde hüküm kurulması sonra da mirastan yoksunluk nedeni ile yoksun olan kişinin miras payının kime kalacağını belirtmesi sureti ile mirasçılık belgesi verilmesi gerekir”; Yargıtay 2 HD, 4483/6252, 2.7.1985 (Kazancı).

<sup>29</sup> Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 540.

<sup>30</sup> Yargıtay 2 HD, 18968/10929, 18.4.2013 (Kazancı) “Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi dava mirastan yoksunluğunun tespitine ilişkindir. Bu durumda davaya bakma görevi asliye hukuk mahkemesine aittir”.

<sup>31</sup> MK 578/I (2) yönünden: Çabri (n 13) C II N 87; MK 578/I (3) yönünden: Engin (n 13) 125; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 11; MK 578/I (4) yönünden: Engin (n 13) 159; Çabri (n 13) C II N 105.

## B. Mirasbırakanın Öldürülmesi veya Öldürülmeye Teşebbüs Edilmesi (MK 578/I (1))

Bir kişi, olağan koşullarda kendisinden miras hukukuna ilişkin bir hak kazanacağı mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürürse veya öldürmeye teşebbüs ederse, mirasbırakandan miras hukuku bağlamında herhangi bir hak iktisap edemez. Bir kişiyi kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek ise TCK 81 ilâ 83<sup>32</sup> hükümlerinde düzenlenen kasten öldürme suçunun yasal tanımına girmektedir<sup>33</sup>. Başka bir deyişle, bir kişinin MK 578/I (1) uyarınca mirastan yoksun olduğu sonucuna ulaşılmaması, kaçınılmaz olarak, “kasten öldürme” suçunun da işlediği anlamına gelir. Öldürme neticesine yönelmiş irade, hem Medeni Kanun hem de Türk Ceza Kanunu bakımından kastın varlığı için yeterli olacaktır<sup>34</sup>. Diğer yandan özel hukuk açısından hukuka aykırılığı önleyen kanun hükmünü yerine getirme (TBK 63) ve haklı (meşru) savunma (TBK 64/I), Türk Ceza Kanunu anlamında ceza sorumluluğunu kaldıran neden olarak ceza sorumluluğunun doğumuna engel teşkil eder (TCK 24/I, 25/I). Böylece medeni hukuk ve ceza hukuku arasında bu açıdan uyum söz konusudur<sup>35</sup>. Bununla birlikte zorunluluk halinde farklılık bulunmaktadır. Medeni hukukta TBK 64/II uyarınca zorunluluk hali başkasının kişivarlığına yönelik fiiller bakımından hukuka aykırılığı gidermezken, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmemekle birlikte ceza sorumluluğunun doğumuna engel teşkil eden durum olarak kabul edilen zorunluluk halinde, TCK 25/II hükmü ile

<sup>32</sup> Öldürme fiilinin ihmali suretle işlenmesiyle mirastan yoksun olunması mümkündür. Benzer yönde: Engin (n 13) 93.

<sup>33</sup> Karş İsviçre’de hayatî tehlike yaratma, dövüşme ve saldırı (İsviçre Ceza Kanunu 127-129, 133-137) suçlarının da bu kapsamda değerlendirilebileceği fikrinde: SHK-Couchepin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 13; BSK-Schwander (n 27) Art 540 ZGB N 7. Ceza kanununda düzenlenmiş öldürme suçlarının nadiren mirastan yoksunluk sebebi oluşturmayacağı fikrinde: ibid N 7. Ancak yazarın verdiği örneklerin öldürme suçu olarak kabul edilmesi güçtür (İsviçre Ceza Kanunu 128<sup>bis</sup>; 114).

<sup>34</sup> Olası kast hem Türk Ceza Kanunu (TCK 21/II) bakımından, hem de mirastan yoksunluk sebebi (Piotet (n 13) 500; Engin (n 13) 98; Eren ve Yücer Aktürk (n 13) 421) bakımından yeterlidir. Türk Ceza Kanunu kapsamında fail bir başkasını öldürmeyi kastettiği halde mirasbırakanı öldürmüşse, kasten öldürmeden sorumlu olur ancak mirasbırakanın niteliklerinden kaynaklı ağırlatıcı sebepler uygulanmaz (TCK 30/II). Ceza hukuku anlamında kastın ağırlatıcı sebebi içermediği ifade edilmek gerekir (Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 423). Bu şekilde bir kişide hatanın söz konusu olduğu halde, mirastan yoksunluğun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, failin mirastan uzaklaştırılması bakımından yaptırma tâbi tutulanan herhangi bir kişinin değil mirasbırakanın öldürülmesi bulunduğundan kişide hata sonucunda mirasbırakanın öldürülmesi halinde mirastan yoksunluğun gerçekleşmemesi uygun olur. Böylece, MK 578/I (1) hükmü amaca uygun surette daraltılmak gerekir. Karş Bu durumda ağır ihmalle öldürme söz konusu olduğundan yoksunluğun gerçekleşmeyeceği fikrinde: Çabri (n 13) C II N 78. Benzer değerlendirme ötenazi için de geçerlidir. Kastten öldürme fiilinin ötenazi saikiyle gerçekleştirilmesi halinde, ötenazi istemi hukuka aykırılığı gidermeye henüz yeterli olmamakla birlikte, failin miras hukuku açısından kınanabilir bir iradesi bulunmadığı mirasbırakanın da varsayımsal iradesinin faili mirasından uzaklaştırma olmadığı çıkarımında mümkündür. Dolayısıyla amaca uygun daraltma faaliyeti kapsamında miraslıktan yoksunluğa yol açan kasten öldürme fiilleri kapsamında ötenazi hali çıkarılmak gerekir: Piotet (n 13) 501; Engin (n 13) 96; Çabri (n 13) C II N 82; Eren ve Yücer Aktürk (n 13) 422; İnan, Ertaş ve Albaş (n 13) 465; CHK-Wildisen (n 20) Art 540 ZGB N 3; Kocayusufoğlu (n 13) 534; Oğuzman (n 13) 266; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 8; İsviçre Ceza Kanunu madde 114 bağlamında: BSK-Schwander (n 27) Art 540 ZGB N 7.

<sup>35</sup> Kaldı ki hukuka uygunluk bağlamında hukuk düzeni bir bütün teşkil eder. Özel hukukun bir fiili hukuka uygun sayması fiilin ceza hukuku uyarınca da hukuka uygun sayılmasına sebebiyet verir. Buna karşılık ceza hukuku kendi tanımladığı hukuka aykırılığı esas aldığından bir fiilin özel hukuka hukuka aykırı sayılması ceza hukuku anlamında hukuka aykırılığı gerçekleştirmeye tek başına yeterli olmaz. Bu hususlarda ayrıntılı bilgi: Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 285; Sulhi Dönmez ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II* (12. Bası, Beta 1999) 9-10. Bireyleri korumayı amaçlamayan suç tiplerinin haksız fiil sorumluluğu açısından hukuka aykırılığı doğurmaya yetmeyeceği: Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (9. Bası, Sayram 2016) 141. Ceza hukukundaki hukuka uygunluk sebeplerinin nazara alınacağı: BSK-Schwander (n 27) Art 540 ZGB N 8. Karş O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (Legal 2015) 522.

neticenin üzerinde gerçekleştiği değer açısından ayırım yapılmamıştır. Ancak korunan değer ihlal edilen değere en azından eşdeğer nitelikte olması lazım gelmektedir<sup>36</sup>. Öldürme fiili TBK 64/II uyarınca hukuka uygun sayılamayacağı gibi öldürme veya öldürmeye teşebbüs TCK 25/II gereğince zorunluluk hali çerçevesinde kaldığı durumda hukuka aykırılık ortadan kalkmadığı için MK 578/I (1) kapsamında kalan bir eylem söz konusu ise, mirastan yoksunluk yine de gerçekleşecektir. Ceza hukuku anlamında zorunluluk halinde kalan böyle bir fiilin, ötenazi saikiyle işlenen bir fiil ile benzer sayılması mağdurun istemi bulunmadıkça söz konusu olmadığından bir örtülü boşluğun bulunduğundan bahisle mirastan yoksunluğun gerçekleşmeyeceğini ileri sürmek mümkün olmamalıdır.

Maddi anlamda yoksunluğun doğumu için mahkeme kararı hükümde açıkça aranmamış olsa<sup>37</sup> dahi MK 578/I (1) uyarınca mirastan yoksun olmak TCK 81 ilâ 83 hükümlerince kasten öldürme suçunun işlenmiş olması sonucunu getirdiğine göre, bir özel hukuk uyuşmazlığında mahkemenin bir kişinin mirastan yoksun olduğu hususunda hüküm kurması, kamu gücünü kullanan mahkemenin bu kişiye kasten öldürme suçunu işlediği yönünde ithamda bulunduğu anlamına gelir. Bu nedenle, mirastan yoksun olduğu iddia edilen kişi aleyhinde kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmadıkça, söz konusu karar bu şahsın lekelenmeme hakkını masumiyet karinesini ihlal etmek suretiyle zedeler. Bu nedenle, yoksunluğa yol açtığı iddia edilen kasten öldürme fiiline ilişkin olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadıkça, bir özel hukuk uyuşmazlığında mahkeme, öldürme suçu işlenmişçesine hüküm tesis etmekten kaçınmalıdır<sup>38</sup>. Hâlihazırda yürüyen bir cezai soruşturma veya kovuşturma bulunduğu takdirde ise bu hususun bekletici mesele yapılması icap eder<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 391; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 116 vd.

<sup>37</sup> Kocayusufoğlu (n 13) 533; Engin (n 13) 216. Kaldı ki Anayasa ve AİHS'ne uygun yorum ilkesi çerçevesinde ilgili hükümlerin bu şekilde yorumlanması imkânının açık olduğuna yukarıda işaret edilmişti.

<sup>38</sup> Kesinleşmiş mahkûmiyeti esas alarak isabetli yönde: Yargıtay 16 HD, 4849/7189, 29.11.2018 (Kazancı) “*Temyiz talebinde bulunan ...'un, davacı ... oğlu olan babası... 'u kasten öldürmekten ... 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.12.2010 tarih ve 1998/280 Esas, 2010/356 Karar sayılı kesinleşmiş ilamıyla mahkum edildiği, miras bırakanın kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmenin TMK'nın 578/1. maddesi gereğince mirastan yoksunluk sebebi olduğu, yasa gereği mirastan yoksun olan ... 'un...'*”; Yargıtay 14 HD, 4329/708, 6.2.2017 (Kazancı) “*Davacı vekili ... 'nın mirastan yoksun olması nedeni ile ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2014/598 Esas 2014/638 Karar sayılı mirasçılık belgesinin iptalini ve mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir. ... 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1993/22 Esas 1994/ 60 Karar sayılı dosyasında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile sabit olduğu üzere, ..., ... 'yı ve ... 'ı kasten öldürmüştür. ... Mirasbırakan ... 'ın mirasçısı ... 'ın ölümü ile miras payının kıtı ... 'dan dolayı ... 'ya geçmesi de TMK m.578/1 uyarınca mirastan yoksunluk sebebi ile mümkün değildir*”.

<sup>39</sup> Yargıtay 14 HD, 1141/1143, 1.2.2016 (Kazancı) “*Dava, mirastan yoksunluğun tespiti ve mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. ... Dairemizce, mahkemenin kararı ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2012/486 Esas, 2013/205 Sayılı kararının kesinleşmemiş olması yönünden bozulmuş ise de UYAP sisteminden yapılan incelemede ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 29.04.2013 tarihli ve 2012/486 Esas, 2013/205 Sayılı kararının Yargıtay 1. Ceza Dairesince 2014/5222 Esas, 2015/3683 Karar sayılı ilamı ile onanarak 08.06.2015 tarihinde kesinleştiği bu defa yapılan incelemede anlaşıldığından, davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüyle Dairemizin bozma kararının kaldırılarak hükmün onanması gerekmektedir*”; Yargıtay 14 HD, 2403/9067, 15.10.2015 (Kazancı).

### C. Mirasbırakanı Sürekli Şekilde Ölüme Bağlı Tasarruf Yapamayacak Duruma Getirmek (MK 578/I (2))

Bir kişi, kasten ve hukuka aykırı olarak<sup>40</sup> sürekli surette ölüme bağlı tasarrufta bulunamayacak hale getirdiği<sup>41</sup> bir kişiden<sup>42</sup> miras hukuku kaynaklı kazanımda bulunamaz. Bu mirastan yoksunluk sebebi ile mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünü kullanma imkânından yoksun bırakılması yaptırım altına alınmıştır<sup>43</sup>. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünün kullanılmasına engel olduğundan söz edebilmek için bu imkândan ölüm anına kadar mahrum olunmalıdır. MK 578/I (2) hükmünde yer alan “sürekli” sözcüğünden de bu anlam çıkarılmalıdır<sup>44</sup>.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünü kullanmasına bu bent kapsamında engel olunması için mirasbırakanın kasıtlı bir icrai yahut ihmali fiille yaralanarak ölmesi veya yaralama sonucunda ayırt etme gücünü yahut fiziksel olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunma olanağını yitirmesi gerekir<sup>45</sup>. Belirtilen bu haller ise, Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmiş neticesi sebebiyle ağırlamış yaralamayı (TCK 87/II, IV, 88) teşkil etmektedir. Böylece, yargılamada bir kişinin MK 578/I (2)’ye göre mirastan yoksun olduğu sonucuna varılması, bu kişinin TCK 87-88 hükümlerinde yer alan suçu işlediği ithamında bulunulması anlamına gelir. Başka bir deyişle TCK 87-88 hükümlerinde tanımlanan suçları işlemeksizin mirasbırakana karşı MK 578/I (2) hükmünde düzenlenen yoksunluk sebeplerini gerçekleştirmek olanaksızdır. Dolayısıyla MK 578 hükmünde mahkûmiyet açık bir maddi koşul olarak aranmamış olsa da temel hak ihlalden kaçınmak ve Anayasa ile AİHS’ne uygun yorum ilkesine uymak maksadıyla, bu bent kapsamında mirastan yoksunluğun yargılama kapsamında tespit edilebilmesi için, bir önceki bentteki açıklamalara koşut olarak, TCK 87-88 hükümlerine dayanan kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunmadan bir özel hukuk yargılamasında MK 578/I (2) uyarınca yoksunluğun gerçekleştiği sonucuna varmaması lazım gelir.

<sup>40</sup> Kasıt ve hukuka aykırılık hususunda yukarıdaki başlıkta yapılan açıklamalar geçerlidir. Çabri (n 13) C II N 89. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma imkânından yoksun bırakma saikine gerek olmadığı: OFK-Hrubesch-Millauer (n 13) Art 540 ZGB N 11; SHK-Couchevin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 17.

<sup>41</sup> Öldürmeye teşebbüs sonucunda mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesini sürekli surette açıklayamayacak hale geldi ise her iki bent nedeniyle de mirastan yoksunluğun doğacağı: Engin (n 13) 116.

<sup>42</sup> Ceza hukukunda kişide hata suretiyle fiilin mirasbırakana karşı işlenmiş olması halinde yukarıdaki açıklamalara koşut olarak bu sebep açısından da yoksunluk kanımca gerçekleşmez.

<sup>43</sup> Engin (n 13) 102.

<sup>44</sup> Engin (n 13) 105 ve 108; Dural ve Öz (n 13) 371; Çabri (n 13) C II N 84; Kocayusufoğlu (n 13) 535; Oğuzman (n 13) 266; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 9; Aksi görüşte: Eren ve Yücer Aktürk (n 13) 424. Ancak bu sebeplerin sona ermesinden sonra uygun bir reaksiyon süresi olmadan mirasbırakanın ölümü halinde, sürekliliğin sona ermediğini kabul etmek uygun düşer: Engin (n 13) 107; Çabri (n 13) C II N 85.

<sup>45</sup> Engin (n 13) 101-102; CHK-Wildisen (n 20) Art 540 ZGB N 4.



### **D. Mirasbırakanın Aldatma, Zorlama veya Korkutma Yolu ile Ölüme Bağlı Tasarruf Yapmasını veya Tasarruftan Dönmesini Sağlamak yahut Engellemek (MK 578/I (3))**

Miras hukuku kaynaklı hak kazanabileceği bir şahsı, aldatma, zorlama veya korkutma suretiyle belirli bir ölüme bağlı tasarruf yapmaya sevk eden veya yapmaktan kasten<sup>46</sup> engelleyen kişi mirastan yoksun kalır. Aynı sonuç mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruftan dönmesini sağlamak veya engellemek açısından da geçerlidir. Mirasbırakanı iradesini sağlıklı olarak kullanmaktan alıkoyan fiillerin ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin kaybedildiği ana dek süreklilik arz etmesi gerekir<sup>47</sup>. Bu etki geçmesine karşın ölüme bağlı tasarrufta bulunma iradesini bir şekilde ortaya koymayan mirasbırakanın önceki mevcut iradesini muhafaza ettiği yorumu yapılabilir. Etkinin kaybolduğu andan sonra ve özellikle mirasçılıktan çıkarma olanağı elde edilince, yoksunluk kurumuna başvurma gereği ortadan kalkmaktadır<sup>48</sup>.

Hüküm kapsamında aldatmadan mirasbırakanı kasten hataya düşürmek veya mevcut hata durumunun devamlılığını sağlamak anlaşılır<sup>49</sup>. TCK 157 hükmünde yer alan dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişinin bu suç işleyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu suç çerçevesinde hileli davranış<sup>50</sup>, MK 578/I (3) anlamında aldatmaya elverişli olsa da suçun işlenebilmesi, “zarar” ve “yarar” unsurları<sup>51</sup> bakımından kanımca olanaklı değildir. Miras hukukunda ancak beklenen hak olarak nitelendirilmeyecek muhtemel bir miras beklentisinin bulunduğu<sup>52</sup> nazara alındığında bu beklentinin kaybının TCK 157 anlamında zarar; elde edilmesinin ise yarar sayılması mümkün değildir. Dolayısıyla özel hukuk yargılamasında, MK 578/I (3) uyarınca mirasçılıktan yoksunluğun gerçekleştiğine hükmedilmesi halinde masumiyet karinesinin zedelenme riski yoktur. Ayrıca hilenin mutlaka suç teşkil edecek surette gerçekleşmesi söz konusu olmaz<sup>53</sup>. Karar gerekçesinde bu fiilin hatalı

<sup>46</sup> OFK-Hrubesch-Millauer (n 13) Art 540 ZGB N 13; Antalya ve Sağlam (n 13) 320; Çabri (n 13) N 90; Engin (n 13) 119; Kocayusufoğlu (n 13) 535 vd; Oğuzman (n 13) 267; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 10. Burada kast, ölüme bağlı tasarrufa yönelik olmak gerekir: Engin (n 13) 120.

<sup>47</sup> BSK-Schwander (n 27) Art 540 ZGB N 18; Piotet (n 13) 502; OFK-Hrubesch-Millauer (n 13) Art 540 ZGB N 14; Engin (n 13) 129 ve 136; Çabri (n 13) C II N 95; Aksi yönde: Gönensay ve Birsen (n 13) 195.

<sup>48</sup> Engin (n 13) 129.

<sup>49</sup> ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 12. Bu bent kapsamında genel olarak: OFK-Hrubesch-Millauer (n 13) Art 540 ZGB N 13; SHK-Couchevin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 18.

<sup>50</sup> TCK 157 anlamında hileli davranış, mevcut veya geçmiş bir olguya dair hatalı tasavvur yaratan belli bir ağırlığa sahip her türlü davranış kabul edilmektedir: Veli Özer Özbeke, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 707; Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021) 869.

<sup>51</sup> Bunların malvarlıksal anlam taşıdığı: Özbeke, Doğan ve Bacaksız (n 50) 710-711; Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 886 ve 889.

<sup>52</sup> Bu hususta: Barış Demirsatan, ‘Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği’ (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1053, 1069 ve dn 53.

<sup>53</sup> Piotet (n 13) 503, Yazar bu vurgulamayı yaptıktan sonra mirastan yoksunluk sebebi olarak aldatmanın geçerli sayılabilmesi için suç teşkil etmesi gerektiğini kabul etmektedir.

şekilde dolandırıcılık suçu olarak nitelendirilmesi suretiyle bu suçun işlendiğinin belirtilmesi, her halde temel hak ihlaline neden olacaktır.

MK 578/I (3) anlamında korkutmada ise hukuka aykırı surette mirasbırakanda kötülüğe maruz kalacağına ilişkin tasavvur yaratılmaktadır<sup>54</sup>. Bu bağlamda korkutmadan söz edebilmek için, ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin düzenlemeyle aynı anlamın verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Böylece vasiyetnamede her türlü korkutma işlemi iptal edilebilir kılarken, miras sözleşmelerinde irade kuramı esas alınmadığından TBK 37 hükmündeki koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>55</sup>.

Bu çerçevede korkutma ise TCK 106 hükmünde düzenlenen tehdit suçu ile TCK 107 hükmünde düzenlenen şantaj suçu ilişkilendirilebilir. Tehdit suçunun işlenebilmesi için failin fillinin mağdurun veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesine yönelik olması gerekmektedir. Şantaj suçu ise bir kişinin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamasıyla yahut kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması suretiyle işlenir. Tehdit veya şantaj suçunun işlenmesi suretiyle MK 578/I (3) hükmünün uygulama koşulları gerçekleşebilir. Buna karşılık aksini ifade etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle MK 578/I (3) anlamında korkutmanın şantaj veya tehdit suretiyle gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu nedenle bir özel hukuk yargılamasında, TCK 106 veya 107 suçlarından bahisle kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmasa dahi, bu suçların işlenmiş olduğuna dair bir gerekçelendirme yapmamak kaydı ile MK 578/I (3) uyarınca mirasçılıktan yoksunluğun gerçekleştiğine hükmedilmesinde engel yoktur.

Zorlama kavramı ise maddi ve manevi zorlama olarak ikiye ayrılır. Manevi zorlama, korkutma kavramı içinde değerlendirilir<sup>56</sup>; bu itibarla ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur<sup>57</sup>. Maddi zorlamadan ise maddi cebir (*vis absoluta*) anlaşılır ve bu fiillerin etkisinin ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin yitimine dek devam etmesi gerektiğinden<sup>58</sup> çok istisnai durumlarda gerçekleşebileceği ifade edilmelidir. Bu çerçevede, ölüme bağlı tasarruf yaptırmak veya yapılmasına engel olmak TCK 108 hükmünde yer alan cebir suçu arasında bağlantı kurulabilir. Cebir suçu “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir*

<sup>54</sup> Engin (n 13) 143.

<sup>55</sup> Kocayusufoğlu (n 13) 332; Genel olarak: Dural ve Öz (n 13) 227; Oğuzman (n 13) 102; İvazsız miras sözleşmeleri açısından karşı Antalya ve Sağlam (n 13) 248.

<sup>56</sup> Engin (n 13) 146.

<sup>57</sup> Hükümde genel olarak zorlama kavramına yer verilmesine gerekmediği, korkutmanın yeterli olduğu hakkında: Dural ve Öz (n 13) 372.

<sup>58</sup> Engin (n 13) 146.

*kullanılması*” suretiyle işlenmektedir<sup>59</sup>. Bu çerçevede cebir suçunu işlemeyen MK 578/I (2) anlamında maddi zorlamanın icra edilmesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla bu hüküm çerçevesinde de mirastan yoksunluğun bir özel hukuk uyuşmazlığı kapsamında tespitinde masumiyet karinesine ilişkin yukarıda belirtilen saptamalar nazara alınmak gerekir.

### **E. Mirasbırakanın Yeniden Yapmayacağı Durumda ve Zamanda Ölüme Bağlı Tasarrufun Ortadan Kaldırılması veya Bozulması (MK 578/I (4))**

Miras hukuku kaynaklı hak kazanabileceği bir şahsın yaptığı hükümsüz veya hükümden düşmüş olmayan<sup>60</sup> ölüme bağlı tasarrufu, bu tasarrufun yeniden yapılamayacağı durumda ve zamanda kasten<sup>61</sup> ortadan kaldıran veya bozan şahıs, ölüme bağlı tasarrufu yapan kişinin mirasından yoksun olur. Bu çerçevede mirastan yoksunluğa sebebiyet verecek şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun vasiyetname veya miras sözleşmesi olmasının ve vasiyetname bakımından bu tasarrufun şekli<sup>62</sup> önemli değildir. Hükümün el yazılı vasiyetname açısından uygulama alanı bulma olasılığı çok daha yüksek olmakla birlikte, resmi şekilde düzenlenen ölüme bağlı tasarrufun ilgili makamlarca saklanan aslına<sup>63</sup> karşı da belirtilen fiiller gerçekleştirildiğinde uygulanması söz konusu olabilecektir.

Hükümde yoksunluğa yol açabileceği kabul edilen iki fiil mevcuttur. Ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması, işlemin fiziksel varlığının tamamen veya kısmen yok edildiğini veya yok edilmese dahi hak sahiplerinden gizlenmesini ifade eder<sup>64</sup>. Ölüme bağlı tasarrufun bozulması ise, varlığını koruyan işlemde yapılan müdahalelerle bu işlemin geçerli olmadığı yönünde bir görünüm yaratılması anlamına gelir<sup>65</sup>. Ancak işlemin içeriğinin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak varsa MK 543/II hükmü nedeniyle yoksunluğun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışılabilir. Bu çerçevede ölüme bağlı tasarrufa karşı yapılan fiile karşı bir yaptırım öngörüldüğünden ve mirasbırakanın varsayımsal iradesinin içeriğinin aynen ve tamamen tespit edilmediği

<sup>59</sup> Cebirden, başkasının özgürce irade oluşturmasını ve buna göre hareket etmesini engellemeye uygun güç kullanımı veya başkaca fiziksel etkiye bulunma anlaşılır: Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 550.

<sup>60</sup> Ölüme bağlı tasarruf geri alınmışsa, konusuz kalmışsa yahut yoklukla veya kesin hükümsüzlükle malül ise mirastan yoksunluğun doğumu söz konusu olmaz. Buna karşılık iptal edilebilir bir ölüme bağlı tasarrufta, işlemin iptaline hükmedilmedikçe, hüküm kapsamında işlenen bir fiil, mirastan yoksunluğa sebebiyet verir: ZK-Escher (n 13) Art 540 N 13; Piotet (n 13) 503; Kocayusufoşpaşaoğlu (n 13) 538; Oğuzman (n 13) 268; Engin (n 13) 157; Çabri (n 13) C II N 103; İnan, Ertaş ve Albaş (n 13) 467. Sahte ölüme bağlı tasarruf düzenlenmesi de mirasbırakan tarafından yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf bulunmadığından hükümün kapsamında değerlendirilmez: ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 14. Aksi yönde: Piotet (n 13) 505; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022) § 5 N 50.

<sup>61</sup> Oğuzman (n 13) 265; Kocayusufoşpaşaoğlu (n 13) 536; Engin (n 13) 152; Çabri (n 13) C II N 99.

<sup>62</sup> Sözlü vasiyetname bakımından tanıkların son arzuları kasten yetkili makama aktarmaması veya farklı içerikle aktarması bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir: Engin (n 13) 155; BK-Weimar (n 20) vorb Art 506-508 ZGB N 11; ZK-Escher (n 13) Art 506 ZGB N 10; Çabri (n 13) C II N 102.

<sup>63</sup> Engin (n 13) 153 dn 393; Çabri (n 13) C II N 101.

<sup>64</sup> Kocayusufoşpaşaoğlu (n 13) 536 vd; Engin (n 13) 153; Oğuzman (n 13) 267-268; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 14; CHK-Wildisen (n 20) Art 540 ZGB N 6.

<sup>65</sup> Kocayusufoşpaşaoğlu (n 13) 537; Engin (n 13) 156; ZK-Escher (n 13) Art 540 ZGB N 14; Çabri (n 13) C II N 102; CHK-Wildisen (n 20) Art 540 ZGB N 6.

durumdan farklılık göstermeyeceği söylenebileceğinden kanımca yine yoksunluk sonucunun doğacağını kabul etmek yerinde olacaktır<sup>66</sup>.

TCK 210 hükmünde vasiyetnamenin resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu hüküm resmi vasiyetname dışındaki vasiyetnameler için bir anlam ifade etmektedir. Resmi vasiyetname, görevi gereği yetkili makamlarca düzenlenen bir işlem olduğundan her hâlıkârda resmi belge<sup>67</sup> sayılır<sup>68</sup>. Aynı çıkarım, resmi vasiyetname ile aynı şekil koşullarına tâbi miras sözleşmeleri için geçerlidir. Bu bağlamda ölüme bağlı tasarrufun ortadan kaldırılması veya bozulması, resmi belgede sahteciliğe ilişkin TCK 204/I hükmündeki “... gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ... kişi”, resmi belgeyi bozmak, yok etmek ve gizlemeye ilişkin TCK 205 hükmündeki “Gerçek bir resmi belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi...” düzenlemelerinde tanımlanan suç tipleriyle MK 578/I (4) hükmünde yer alan fiiller kural olarak örtüşecektir. Bu örtüşmenin gerçekleşmeyeceği haller sözlü vasiyetname<sup>69</sup> ile sınırlıdır. Belirtilen istisna dışında, özel hukuka ilişkin bir yargılamada MK 578/I (4) hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği yönünde kesinleşmiş mahkûmiyet kararına karşın bir tespitte bulunulması, ilgili şahıs için yukarıda anılan suç tiplerinden birini işlediği yönünde itham oluşturur ve temel hak ihlaline yol açar<sup>70</sup>. Bu nedenle önceki açıklamalara koşut olarak, bu yönde bir karar verilmemesi icap eder. Zira, ölüme bağlı tasarrufun hak sahiplerinden gizlenmesi TCK 205 kapsamında kaldığı gibi, işlemin fiziksel varlığının tamamen veya kısmen yok edilmesi de bu hüküm çerçevesindedir. Ölüme bağlı tasarrufun yapılan müdahalelerle geçerli olmadığı yönünde bir görünüm yaratılması anlamına gelen bozulma ise, TCK 204/I hükmü içinde bulunur. Çünkü geçerli olmadığı yönünde görünüm yaratmak belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirme anlamına gelir.

<sup>66</sup> Piotet (n 13) 504; SHK-Couchepin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 22. Aksi görişte: Dural ve Öz (n 13) 374.

<sup>67</sup> Belge, hukuki sonuç doğurmaya veya belli bir olguyu tevsik etmeye yarayan yazı olarak tanımlanmaktadır: Tezcan, Erdem ve Önok, (n 50) 1041; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 50). 823. Resmi belgeyi ise bir kamu görevlisi görevi gereği ve ilgili şekil şartlarına uyarak düzenler: Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 50) 827; Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 1046.

<sup>68</sup> Bu göndermenin sahtecilik suçlarına ilişkin bütün fiillere ilişkin olduğu kabul edilmektedir: Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 50) 832; Tezcan, Erdem ve Önok (n 50) 1049.

<sup>69</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 50) 831.

<sup>70</sup> Benzer yönde değerlendirilebilir: Yargıtay 23 HD, 2569/1627, 5.3.2012 (Kazancı) “Kabule göre, mahkemece, davalılar A.Murat ile Berç hakkında, bu görevlerinden dolayı görevi ihmal, zimmet, görevi kötüye kullanma, Kooperatifler Yasası'na aykırı davranma suçlarından kamu davası açıldığı, haklı sebebin, hukuki ilişkinin sürdürülmesini, objektif iyiniyet kuralları gereğince çekilmez hale getiren hukuki bir olgu olması karşısında, henüz sonuçlanmamış olsa bile bu tasfiye kurulu üyelerine isnat olunan suçların mahiyetine göre davacıdan bu duruma katlanmasının beklenemeyeceği gerekçesiyle azillerine karar verilmiştir. ... Mahkemenin, azil kararındaki gerekçesine yaptığı dayanak, davalıların ceza mahkemesinde yargılanmaları ve yargılandıkları suçlamaların ağırlığı olmuştur. ... Ancak, davalılar hakkında sırf ceza davası açılmış olmasının ve davada isnad edilen suçların ağırlığının, azil kararında haklı neden olduğu kabulü hukukun temel prensiplerinden masumiyet ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir”.

### III. Mirasçılıktan Çıkarma Açısından Masumiyet Karinesi

#### A. Genel Olarak

Mirasçılıktan çıkarma bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olup mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarını mirastan uzaklaştırmasını sağlar. Bu kurum, saklı paylı birinci zümre mirasçılar bakımından öngörülen ve borç ödemedi aciz içindeki mirasçılarının altsoylarını<sup>71</sup> korumayı amaçlayan koruyucu mirasçılıktan çıkarma ile mirasbırakana karşı birtakım yükümlülükleri ihlal eden saklı paylı mirasçılarını mirastan uzaklaştırılmasını hedefleyen cezai mirasçılıktan çıkarma olmak üzere iki farklı yüze sahiptir<sup>72</sup>. Cezai mirasçılıktan çıkarma ile, mirasbırakan ve saklı paylı mirasçılar arasında saklı payın varlığını meşru kılan olguların mirasçı tarafından sona erdirilmesi üzerine saklı paydan istifade etmemesi temin edilir<sup>73</sup>. Bu açıdan da özel hukuk cezasına yaklaştığı belirtilmektedir.<sup>74</sup>

MK 510 hükmüyle cezai mirastan çıkarma için sebep teşkil edecek iki olgu düzenlenmiştir: (i) mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi, (ii) mirasçının mirasbırakana veya onun aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi. Tasarrufun geçerliliği için bu olguların varlığı ve tasarrufta gösterilmiş olması gerekir. Bu sebepler bulunmadığı veya somut şekilde tasarrufta gösterilmediği takdirde mirasçılıktan çıkarma ölüme bağlı tasarrufuna karşı iptal davası açılabilir. Bu durumda mirasçılıktan çıkarılan mirasçı, ancak saklı payına hak kazanabilir (MK 512/I ve III)<sup>75</sup>. Ancak mirasbırakan bu sebep hususunda açık yanılığa düşmüşse açılacak iptal davasının sonucunda mirasçılıktan çıkarılan kişi tüm miras payına hak kazanır<sup>76</sup>. Aşağıda anılan bu sebeplerin özel hukuk yargılamasındaki tespiti meselesi masumiyet karinesi ve lekelenme hakkı açısından değerlendirilecektir.

Bu noktada mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin sebebi sayılabilecek suçlar açısından teşebbüs nedeniyle mahkûmiyet kararının yeterli sayılacağı, suçun kanuni tanımındaki

<sup>71</sup> Evlatlık ve onun altsoyu da bu kapsamdadır: Yağcı (n 13) 94.

<sup>72</sup> Piotet (n 13) 389; Gönensay ve Birsan (n 13) 61; Köprülü (n 24) 291; İmre (n 13) 379; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 305.

<sup>73</sup> SHK-Roussianos ve Auberson (n 13) Art 477 CC N 2; Dural ve Öz (n 13) 204-205; İmre (n 13) 379; Yağcı (n 13) 30; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 306; Doruk Gönen, 'Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der 2015) 335; Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht Erste Abteilung* (3. Bası, Schulthess 1959) Art 477 ZGB N 1; Çabri (n 13) C I N 426; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi* (Seçkin 2017) 47; BSK-Bessenich ve Rieckli (n 13) Art 477 ZGB N 4.

<sup>74</sup> BK-Weimar (n 20) Art 477 ZGB N 11; Oğuzman (n 13) 210; Serozan ve Engin (n 60) §4 N 183; Gönen (n 73) 336.

<sup>75</sup> Tasarrufun bünyesinde geçersizlik sebebi olmakla birlikte, saklı pay oranında tenkis yaptırımı uygulanmaktadır: Yağcı (n 13) 7 ve 420; Oğuzman (n 13) 215; Eren ve Yücer Aktürk (n 13) 195. Bu açıdan kısmi iptale benzetilmesi mümkündür. İptal yaptırımı uygulandığı şeklinde: Gönen (n 72) 332. Karş Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 315, yazar açık yanılığında açılacak davanın iptal davası, diğer durumlarda tenkis davasının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde: Dural ve Öz (n 13) 213 vd; Köprülü (n 24) 288; Antalya ve Sağlam (n 13) 209 ve 211; Serozan ve Engin (n 59) §4 N 189-190; İnan, Ertaş ve Albaş (n 13) 367-368; Montavon (n 20) 640; SHK-Roussianos ve Auberson (n 13) Art 477 CC N 7.

<sup>76</sup> Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 315.

neticenin gerçekleşmesinin şart olmadığı altı çizilmek gerekir<sup>77</sup>. Bu açıdan mirastan yoksunlukla, öldürmeye teşebbüs hali saklı kalmak üzere, farklılık söz konusudur. Zira mirastan yoksunluk kurumunun sevk edilmesinin gerisinde mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufta bulunma iradesinin açıklayamayacak durumda bulunması vardır. Bu durumun gerçekleşmesi için de sebep teşkil eden fiillerin sonucunu doğurması şarttır. Oysa mirasçılıktan çıkarma kurumunda mirasçı ve mirasbırakan arasında saklı paylı meşru kılan bağın ortadan kalkması söz konusu olduğundan bu bağın zedelenmesi için sebep teşkil eden ve suç olarak tasnif edilebilecek fiillerin teşebbüs aşamasında kalması yeterli sayılabilir.

Ayrıca, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ihlalinin mirasçılıktan çıkarma açısından daha az sayıda yargısal uyuşmazlıkta karşılaşılabileceğini belirtmek mümkündür. Mirastan yoksunluk kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğuran bir kurum olduğundan, ilgili her uyuşmazlıkta yoksunluğun bulunduğunu veya bulunmadığını ileri sürmek mümkündür<sup>78</sup>. Mirasçılıktan çıkarma ise, bir ölümüne bağlı tasarruf olarak, istisnaen yok hükmünde veya kesin hükümsüzlük malül sayılmadıkça, mahkeme kararıyla iptal edilene kadar hükümleri doğurur. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma sebebinin değerlendirilmesi ve bir tespitte bulunulması ancak iptal davası kapsamında mümkündür. Başka uyuşmazlıklarda hukuki durum tasarrufun iptal edilmiş olup olmadığına göre tayin edilir.

## **B. Mirasbırakana veya Yakınlarına Karşı Ağır Suç İşlenmesi (MK 510/I (1))**

MK 510/I (1) hükmü açıkça “suç” işlenmesini çıkarma sebebi olarak öngördüğünden<sup>79</sup>, iptal davasında yargılama masumiyet karinesiyle doğrudan doğruya ilintili olacaktır. Mirasçılıktan çıkarılmış failin aleyhine ceza mahkûmiyeti hükmü verilmeden önce hayatını kaybetmesi olasılığı dışında iptal davasında ağır olarak takdir edilen suçun işlendiği hususunda kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunmadan çıkarma sebebinin gerçekleşmiş olduğu ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği yönünde sonuca varılması temel hak ihlaline sebebiyet verecektir. Hükümde açık bir maddi koşul olarak ceza mahkemesi kararı aranmamış<sup>80</sup> olmakla birlikte, yargılamada temel hak ihlalinin kaçınmak için ceza mahkemesi tarafından

<sup>77</sup> CHK-Wildisen (n 20) Art 477 ZGB N 3; Guinand, Stettler ve Leuba (n 13) N 174; Montavon (n 20) 639; Gönensay ve Birsen (n 13) 62; Yağcı (n 13) 124-125; İmre (n 13) 380; Gönen 330; Yargıtay 3 HD, 3523/4550, 4.4.2017 (Kazancı); Yargıtay 3 HD, 11678/19101, 30.11.2015 (Kazancı).

<sup>78</sup> Gönensay ve Birsen (n 13) 193; SHK-Couchepin ve Maire (n 13) Art 540 CC N 1.

<sup>79</sup> Ceza hukuku anlamında suçun işlenmiş olması gerekliliği: Oğuzman (n 13) 210; Kocayusufpaşaoğlu (n 13) 309; Çabri (n 13) C I N 440; Yağcı (n 13) 121; Montavon (n 20) 639; CHK-Wildisen (n 20) Art 477 ZGB N 3; Karş ZK-Escher (n 73) Art 477 N 13.

<sup>80</sup> Yağcı (n 13) 130. Boşanma sonucunda eşler arası nafaka yükümlülüğünün kaldırılmasına ilişkin İsviçre MK 125/III (3) kapsamında hükümde açıkça yer alması dahi ceza mahkemesi tarafından suçun işlendiğinin tespit edilmesi gerektiği yönünde: Thomas Sutter ve Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schulthess 1999) Art 125 ZGB N 114.

verilmiş kesinleşmiş mahkûmiyet kararı gereklidir ve Anayasa ile AİHS'ne uygun yorum ilkeleriyle de bu uygulama bağdaşacaktır.

### C. Mirasbırakan veya Onun Aile Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi (MK 510/I (2))

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olarak yapılabilmesine dayanak oluşturacak ikinci olgu grubu, mirasçılıktan çıkarılan kişinin mirasbırakan veya onun ailesine karşı aile hukuku kaynaklı yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine kasıtlı veya ihmalle<sup>81</sup> getirmemiş olmasıdır. Aile hukukuna ilişkin yükümlülükler, mirasçılıktan çıkarılan kişi ve mirasbırakan arasında evlilik ilişkisi varsa evliliğin genel hükümleri kapsamında, altsoy-üstsoy ilişkisi varsa soybağı ve velayet hukuku hükümleri çerçevesinde belirlenmek gerekir<sup>82</sup>.

Bu şekilde tespit edilen yükümlülüklerin ihlali mutlak olarak bir suçun işlenmesi anlamına gelmez<sup>83</sup>. Başka bir deyişle, MK 510/I (2)'e dayanılarak yapılan bir mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna karşı açılan iptal davasında söz konusu çıkarma sebebinin mevcudiyetinden bahisle davanın reddi kural olarak masumiyet karinesini ihlal etmez. Bununla birlikte MK 510/I (1) kapsamında kalan bir suçun aynı zamanda ikinci bent kapsamında sayılması halinde kesinleşmiş mahkeme kararının varlığı temel hakların korunması için aranmak gerekir. Ayrıca, birtakım aile hukuku kaynaklı yükümlülüklerinin ihlaliyle bağlantılı olarak Türk Ceza Kanunu'nda bazı hükümler sevk edilmiştir<sup>84</sup>. Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gibi TCK 230 hükmündeki suçu işlemiş olur. Aynı konutta yaşadığı MK 510/I (2) hükmünde sayılan kişilere karşı kötü muamelede bulunan kişi, TCK 232 uyarınca cezalandırılır. TCK 233 hükmü ise,

*“(1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

*(3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve*

<sup>81</sup> Piotet (n 13) 391; Yağcı (n 13) 181; BSK-Bessenich ve Rickli (n 13) Art 477 ZGB N 6.

<sup>82</sup> Dural ve Öz (n 13) 209; Guinand, Stettler ve Leuba (n 13) N 176; SHK-Roussianos ve Auberson (n 13) Art 477 CC N 12. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin de yükümlülüklerin tespitinde dikkate alınacağı; Yağcı (n 13) 168. Yazar, pozitif hukuk kurallarına aykırı olmadıkça örf ve adet (töre) hukukunun da nazara alınabileceğini belirtmektedir: ibid 168. Salt ahlaki veya dini yükümlülüklerin geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyeceği; Kocayusufoğlu (n 13) 312; Antalya ve Sağlam (n 13) 208; Yağcı (n 13) 74. Aile mensuplarının kişilik hakkına saygının da bu kapsamda bir yükümlülük olduğu; BK-Weimar (n 20) Art 477 ZGB N 6.

<sup>83</sup> ATF 76 II 265.

<sup>84</sup> Benzer durum İsviçre'de de söz konusudur: Piotet (n 13) 390 dn 5.

*manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* şeklindedir.

Doğrudan bu yükümlülüklerle ilgili olmamakla birlikte, işlendiği takdirde söz konusu yükümlülüklerin de ihlal edilmesine yol açabilecek pek çok suç da mevzuatta düzenlenmiştir<sup>85</sup>. Böylece, herhangi bir kesinleşmiş ceza mahkûmiyeti kararı bulunmaksızın, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin suç işlemek suretiyle ihlal edildiği gibi bir gerekçeyle açılmış iptal davasının reddi yoluna gidilmesi, ilgili masumiyet karinesini ve şahsın lekelenmeme hakkını ihlal eder. Ancak herhangi bir suç işlendiğine dair bir itham bulunmaksızın iptal davasının reddinde temel hak ihlali gerçekleşmez. Zira anılan yükümlülüklerin ihlali kaçınılmaz olarak suç işlendiği anlamına gelmemektedir.

#### **IV. Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Bakımından Aranacak Mahkumiyet Kararının Bu Kurumlar Üzerindeki Etkisi**

Temel hakların özel hukuka etkisi çerçevesinde gözetilmesi gereken masumiyet karinesi uyarınca aranacak kesinleşmiş mahkumiyet kararı gerekliliğinin mirastan yoksunluk ile mirastan çıkarma kurumlarına ve genel olarak miras hukuku sistematiğine birtakım olumsuz olarak nitelendirilebilecek etkileri bulunabilecektir. Bunların başında ceza yargılamasının uzun sürmesi halinde mirasçılık durumu ve bununla bağlantılı olarak terekenin akıbetinin belirlenmesinin uzaması vardır. Aslında yargılamada bekletici mesele oluşturan her ihtimalde söz konusu olacak bu risk, burada da söz konusudur. Keza, temel hak ihlali gerekçesiyle yapılacak bir yeniden yargılama sonucunda, yine terekenin akıbetinin geçmişe etkili olarak yeniden belirlenmesi gerekliliğiyle karşı karşıya kalmak mümkündür. Ayrıca, bu konudaki özel hukuk yargılamasında daha ağır bir ispat ölçütünün benimsenmesi sonucunda diğer özel hukuk yargılamalarına göre farklılık yaratılmasının eleştiriyeye konu olabileceği düşünülebilir.

Mirastan yoksunluk ve cezai mirasçılıktan çıkarma kurumlarının amaçları açısından meseleye yaklaşıldığında, mirastan yoksunluğa ilişkin sebeplerin gerisindeki ortak temel faili yaptırımı uğratmak olduğu<sup>86</sup>, mirasçılıktan çıkarmada ise saklı payı meşru kılan aile bağına ciddi surette zedeleyen failin cezalandırılması düşüncesinin bulunduğu öğretide ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Kurumların temelinde yer alan asıl gayenin faillere yaptırım uygulama olduğu görüşü üstün tutulursa, kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmadığı takdirde, özel hukuk alanında miras hukukuna ilişkin söz konusu

<sup>85</sup> Bu kapsamda değerlendirilebilecek örnek suç tipleri hakkında ayrıntılı bilgi: Yağcı (n 13) 209 vd.

<sup>86</sup> Engin (n 13) 64-65; Kocayusufoğlu (n 13) 531; Gönensay ve Birsen (13) 192.

<sup>87</sup> Yağcı (n 13) 33; Kocayusufoğlu (n 13) 306. Genel olarak özel hukuk cezası şeklinde: Baş Süzal E, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme* (2. Bası, On İki Levha 2023) 170.



sonuçlar doğmayacağından bu amaçların yerine gelmesinde bir bakıma zafiyet oluşacağı, bazı eylemlerin yaptırımdan kaçabileceği ifade edilebilir.

Masumiyet karinesinin bir temel hak olduğu dikkate alındığı takdirde, yukarıda aktarılan olası birtakım olumsuz durumların, bu temel hakkın özel hukukta göz ardı edilmesine dayanak oluşturmayacağı açıktır. Öncelikle söz konusu olumsuzlar hukuki temele dayanmaktan ziyade pratik kaygılardan ibarettir. Başka bir deyişle, özel hukukun Anayasa ile güvence altına alınmış temel haklara uygun surette yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Bir temel hakkın ihlali ile pratik birtakım kaygılar veya yasa hükümlerinin gerisinde kalmış gerekçeler tartıldığında, ağır basması gereken temel haktır. Kaldı ki bu hususta hak ihlali kararı verildiğinde, yeniden yargılama yapılacak olması ve yine kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmadığı takdirde hak ihlali kararına koşul olarak verilecek hükmün farklı yönde olması, yargılama ve terekenin akıbetinin belirlenmesi sürecini yine uzatacağından, bu yöndeki bir tutumun da olumsuz sonuçlara yol açabileceğini belirtmek mümkündür.

### Sonuç

Masumiyet karinesi ve onun uzantısını oluşturan lekelenmeme hakkı Anayasa ve AİHS tarafından düzenlenmiş ve güvence altına alınmış bir temel haktır. Mutlak öneme sahip masumiyet karinesine ilişkin bir sınırlandırma sebebi Anayasa’da öngörülmediği gibi temel hakların kullanılmasının durdurulduğu hallerde dahi dokunulamayacağı Anayasa’nın 15. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir kişi hakkında ceza mahkemesi tarafından aleyhine kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü verilmedikçe suç işlemiş muamelesi yapılamaz. Kamu gücü negatif ve pozitif yükümlülükleri kapsamında bu hakka riayet etmekle yükümlü olduğu gibi ilgili kişinin kişilik hakkı kapsamında herkesin uyması gereken bir hakkın söz konusu olduğunu ifade etmek olanaklıdır. Kamu gücü bu hakka uymadığı takdirde Anayasa Mahkemesi veya AİHM nezdinde yapılan başvuru sonucunda mahkûm olacağı gibi özel hukuk kişilerine karşı kişilik hakkının korunmasına yönelik talep hakları yöneltilebilir.

Kamu gücünü kullanan bir organ olarak mahkemelerin de masumiyet karinesini gözeterek karar vermesi gerekmektedir. Ceza mahkûmiyeti bulunmadan özel hukuk yargılamasında bir kişinin suç işlemiş olduğu yönünde bir gerekçelendirme yapılması, masumiyet karinesini ihlal eder. Bu durumda Anayasa Mahkemesi veya AİHM nezdinde yapılan başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi ve yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla temel hak ihlaline sebebiyet vermemek için özel hukuk yargılamasında mahkemelerin mahkûmiyet kararı bulunmadan bir kişiye suç ithamı yapmaması icap eder.

Mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma sebepleri incelendiğinde, bu sebeplerin büyük oranda suç ithamı içerdiği veya içermesinin bazı hallerde mümkün olduğu görülmektedir. Böyle bir riskin bulunduğu takdirde, maddi hukuk açısından kesinleşmiş mahkûmiyet kararı aranmamakla birlikte, temel hak ihlalinin kaçınmak maksadıyla Anayasa'ya ve AİHS'ne uygun yorum ilkeleri gözetilerek, mirastan yoksunluğun veya çıkarmanın sebeplerinin gerçekleştiği yönünde hüküm verilebilmesi için mahkûmiyet kararının varlığının aranması gerekmektedir. Suç ithamında bulunulan ilgili kişi hayatını kaybetmişse, bu durumda özel hukuk mahkemesinin karar vermesinde engel bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında hüküm verilmesinin güçleştiği hallerde, masumiyet karinesinin Anayasa'da düzenleniş tarzı dikkate alındığında özel hukuk mahkemesinin mahkûmiyet kararı aramasının isabetli olacağı ifade edilebilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı F, 'Lekelenmeme Hakkı' (2020) 11(43) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 177-202.
- Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (9. Bası, Sayram 2016).
- Akkan M, *Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (Legal 2015).
- Antalya OG ve Sağlam İ, *Miras Hukuku* (3. Bası, Legal 2015).
- Antalya OG, *Hukuk Metodolojisi* (Seçkin 2021).
- Atalay O, *Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Atalı M, *Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Atlı B, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi* (Seçkin 2017).
- Auberson G, *Personnalités publiques et vie privée* (Schulthess 2013).
- Baş Süzal E, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Baytaç AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha 2018).
- Beaud O, 'Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux-Un regard français sur la conception allemande' (2013) 10 Jus Politicum 1-18.
- Bekar E, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)' (2017) 75(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15-59.
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013).
- Belgin Güneş D, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019).

- Belling DW, 'Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreu und Legalitätskontrolle von Tarifnormen' (1999) Zeitschrift für Arbeitsrecht 547-615.
- Bessenich B ve Rickli S, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB)* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Boyar O, *Anayasa ve Özel Hukuk* (On İki Levha 2019).
- Canaris C-W, 'Grundrechte und Privatrecht' (1984) 184 Archiv für die civilistische Praxis 201-246.
- Colombi Ciacchi A, 'Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts' *Unconscionability in European Private Financial Transactions – Protecting the Vulnerable* (Cambridge University 2010).
- Couchepin G ve Maire L, *Stämpflis Handkommentar Commentaire du droit des succession* (Stämpfli 2012).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi Cilt I-II* (On İki Levha 2018).
- Değirmencioğlu B, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında "Masumiyet Karinesi"nin Korunması' (2019) 2 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307-356.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Demirsatan B, 'Le délai absolu de prescription dans la responsabilité délictuelle en droit turc et le droit de l'accès effectif au tribunal' (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 717-744.
- Demirsatan B, 'Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği' (2020) 22(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1053-1088.
- Dönmezer S 'Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler' *Prof. Dr. Nurullah Kunter 'e Armağan* (Beta 1998).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II* (12. Bası, Beta 1999).
- Dural M ve Ögüz T, *Kişiler Hukuku* (22. Bası, Filiz 2021).
- Dural M ve Öz T, *Miras Hukuku* (15. Bası, Filiz 2020).
- Engin İ, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir Kitabevi 2010).
- Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (Yetkin 2019).
- Ergül O, 'Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme' (2018) 35 Anayasa Yargısı 225-239.
- Escher A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht Zweite Abteilung* (3. Bası, Schulthess 1960).
- Escher A, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht Erste Abteilung* (3. Bası, Schulthess 1959).
- Fedkte J, 'Drittwirkung in Germany' *Human Rights and the Private Sphere* (Routledge-Cavendish 2007).
- Feyzioğlu M, 'Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' (1999) 48(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-163.
- Gönen D, 'Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der 2015).
- Gönensay S ve Birsen K, *Miras Hukuku* (2. Bası, Ahmed Said Matbaası 1963).
- Guinand J, Stettler M ve Leuba Au, *Droit des successions* (6. Bası, Schulthess 2005).

- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Gümüşay R, 'Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası' (2018) 22(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-143.
- Hafizoğulları Z, 'Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi' (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-369.
- Hager J, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts* (Sellier de Gruyter 2008).
- Henssler M, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 5* (8. Bası, C.H.Beck 2020).
- Hrubesch-Millauer S, *Orell Füssli Kommentar ZGB Kommentar* (42. Bası, Orell Füssli 2021).
- İmre Z, *Türk Miras Hukuku* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1978).
- İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *Miras Hukuku* (8. Bası, İleri 2012).
- İnceoğlu MM, Baş Süzel E ve Aytakin İnceoğlu A, 'Haksız Fiil Zamaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi' (2016) 11(145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-209.
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2015).
- Kanadoğlu, OK *Anayasa Mahkemesi* (Beta 2004).
- Kara E, 'Lekelenmeme Hakkı' (2012) 43 Adalet Dergisi 188-197.
- Kaya SB, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu* (Seçkin 2021).
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Turhan 2018).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm I* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2014).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987).
- Köprülü B, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1985).
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I ve II* (Yetkin 2020).
- Malaurie Ph, *Droit civil Les successions Les Libéralités* (2. Bası, Defrénois 2006).
- Marguénaud J-P, 'La fondamentalisation du droit privé' (2015) 11 Revue de droit d'Assas 33-36.
- Meili A, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2015).
- Montavon P, *Abrégé de droit civil* (4. Bası, Schulthess 2020).
- Müller JP, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV Der Freiheit Chancengeben* (Stämpfli 2018).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta 2021).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (21. Bası, Filiz 2022).
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995).
- Ormanoğlu HD, 'Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2241-2276.
- Önok RM ve Önay I, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği' (2019) 77(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 847-895.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2021).

- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Özekes M, *Pekcantez Usûl-Medenî Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Piotet P, *Droit successoral* (2. Bası, Editions universitaires 1975).
- Portmann W, 'Die Anfechtung des öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrags wegen eines Willensmangels - Mit Ausführungen zur Tragweite der Unschuldsvermutung (Besprechung von BGE 132 II 161, vollständiger Text im Urteil 2A.621/2005 vom 30. Januar 2006)' (2006) 4(6) Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 144-158.
- Quint PE, 'Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory' (1989) 48(2) Maryland Law Review 247-349.
- Rençber A, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri* (On İki Levha 2017).
- Reto H, *Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015).
- Rodenbeck J, '#MeToo vs. Persönlichkeitsrechte und Unschuldsvermutung Grenzen der Veröffentlichung verjährter und nicht verjährter sexualstrafrechtlicher Vorwürfe' (2018) 71(17) Neue juristische Wochenschrift 1227.
- Roussianos L ve Auberson G, *Stämpflis Handkommentar Commentaire du droit des succession* (Stämpfli 2012).
- Schwander I, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB)* (6. Bası, Helbing Lichtenhahn 2019).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022)
- Serozan R, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017).
- Serozan R, *Medeni Hukuk* (6. Bası, Vedat 2015).
- Sutter T ve Freiburghaus D, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schulthess 1999).
- Şahbaz İ, "Anayasa Mahkemesi Kararının Gereğesinin Bağlayıcılığı Sorunu" (2020) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341-382.
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (12. Bası, Seçkin 2022).
- Terré F, Lequette Y ve Gaudemet S, *Droit Civil Les successions Les libéralités* (4. Bası, Dalloz 2013).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Bası, Seçkin 2021).
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta 2020).
- Thélin A, 'L'indemnisation du prévenu acquitté en droit vaudois' (1995) 1995(III) Journal des Tribunaux 98-107.
- Tosun S, *Anayasa Mahkemesi 'ne Bireysel Başvurularda Masumiyet Karinesi* (On İki Levha 2018)
- Wegmann PF, *Vermutung und Fiktion* (Schulthess 2016).
- Weimar P, *Berner Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen* (3. Bası, Stämpfli 2009).
- Werly S, 'Facettes du droit de la personnalité' *La parole de trop dans les médias* (Helbing Lichtenhahn 2014).
- Wildisen Ch, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Bası, Schulthess 2016).

Wolf M ve Neuner J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11. Bası, C.H.Beck 2016).

Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013).

Yavuz ÖC, 'Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Hâlinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi' (2018) 1(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-138.

Yıldırım A, 'Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi' (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 491-517.



## Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler

Hülya Atlan Gürer\*

### Öz

Hukukumuzda ve kaynak İsviçre hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kusura dayanan haksız fiillerinden sorumlu oldukları kuralı geçerlidir. Dolayısıyla kanun koyucu, sınırlı ehliyetsiz küçükler ile tam fiil ehliyetine sahip yetişkinler arasında haksız fiil sorumluluğu bakımından bir fark gözetmemiştir. Ancak bu kural, anayasal ve uluslararası düzeyde korunan küçüklere (çocuklara) ilişkin özelliklerin gözetilmesine engel değildir. Bu anlamda hem sorumluluğun kurulması hem de tazminatın belirlenmesi aşamasında, tazminat yükümlüsünün küçük olmasından doğan özelliklerin göz önünde bulundurulması gerekir. Her şeyden önce sorumluluğun doğabilmesi için küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yetişkinlerin aksine küçükler bakımından ayırt etme gücünün varlığı karinesinden hareket edilemeyeceğinden, bazı hallerde bunun tespiti oldukça güç olabilir. Bu konuda somut duruma göre bir değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, özellikle doktrinde ve yargı uygulamasında benimsenen yaş basamakları ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir kılavuz işlevi görebilir. Bu yaş basamakları, ayırt etme gücünün tespiti bakımından hâkime yol gösterecek yardımcı bir kaynak niteliğindedir.

Sorumluluğun kurulmasından başka, tazminatın belirlenmesi aşamasında da tazminat yükümlüsünün küçük olmasının doğurduğu özelliğin dikkate alınması gerekecektir. Bu özellik, yaş küçüklüğünün tazminatın belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulması biçiminde ortaya çıkar. Kanunda bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte doktrinde yaş küçüklüğü, hafif kusura dayanan bir indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir. İndirimin dayanağının hafif kusur olarak gösterilmesi yeterli bir gerekçe oluşturmadığı gibi, bazı yönlerden isabetli olmayan sonuçlara da yol açabilir. İndirimin dayanağı kusurun ağırlığında değil, bizzat çocukların ve gençlerin özel durumunda aranmalıdır. Bu nedenle yaş küçüklüğü, bağımsız bir indirim nedeni olarak TBK m 51/1'e (OR Art 43/1) göre "durumun gereği" kapsamında değerlendirilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük, Kusur Sorumluluğu, Yaş Küçüklüğü, Hafif Kusur, Tazminatta İndirim Nedeni

### Reviews on the Characteristic of the Liability for Tort Through Fault of a Minor Possessing the Capacity of Judgment

### Abstract

In Turkish law and its reference Swiss law, minors who possess the capacity of judgment are liable for tort through fault. In this sense, legislators do not discriminate between minors' limited incapacity and adults' full capacity to act in terms of tort liability. However, this statute does not prevent the consideration of the characteristics of children, who are protected at the constitutional and international level. In this sense, these characteristics that arise from a debtor's minor should be considered, both at the phase when liability arises as well as when determining the damages. Above all, in order for a liability to arise, the minor must be determined to possess the capacity of judgment. Contrary to adults, the presumption of the capacity of judgment is not valid for minors and can be quite difficult to determine in some cases.

\* **Sorumlu Yazar:** Hülya Atlan Gürer (Doç. Dr.), Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Balıkesir, Türkiye. E-posta: hulyaatlan@balikesir.edu.tr ORCID: 0000-0002-0895-4410

**Atf:** Atlan Gürer H, "Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 77. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.003>



Though consideration is to be made according to each concrete case in this regard, the age ratings accepted in doctrine and in judicial practice can be used as a guideline when determining the capacity of judgment. These age ratings are supplementary sources for guiding a judge in terms of determining the capacity of judgment.

In addition to the moment when liability arises, the characteristics of a minor as debtor, should also be considered at the stage when determining damages. Consideration of their characteristics arises from the fact that being a minor is considered a reason for reducing the determined damages. Although no certainty on this matter exists in the code, being a minor is considered as a reason for reducing damages based on the doctrine of slight fault. Accepting the basis of the reduction in damages as the doctrine of slight fault is an insufficient justification that may also lead to inaccurate conclusions in some respects. The basis of the reduction should not be considered in terms of the grossness of fault but rather in terms of the characteristics of the minor themselves. For this reason, minority should be considered as a distinct cause of reduction within the scope of the circumstance, as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations (Art. 43/1 of the Swiss Code of Obligations).

**Keywords**

Minor Possessing the Capacity of Judgment, Fault Liability, Minority, Slight Fault, Reason for Reducing Damages

### *Extended Summary*

Whether or not a minor is to be held liable for tort through fault and what the scope of a minor's liability is remains a legal policy issue. Therefore, the rules on this matter differ in every legal order according to how minors are approached. According to Turkish and Swiss law, minors possessing the capacity of judgment are liable in tort. Thus, with regard to liability in tort, these minors are considered equivalent to adults who possess the full capacity to act. However, this does not mean that the characteristics of minors are not to be considered in terms of any liability in tort. The legal order protecting minors requires their benefit to also be considered in the field of liability law. For this reason, in cases where a minor is liable for damages, the minor's characteristics need to be considered both in regard to when liability arises and when determining damages.

The first phase, which determines when liability arose, requires examining the minor's characteristics in terms of determining whether the minor possesses the capacity of judgment. In Turkish law, liability of a minor for a fault is based on the presence of the capacity of judgment. Thus, determining a minor's capacity of judgment in concrete cases becomes a very delicate matter. The Turkish and Swiss civil codes contain no provisions regarding how to determine when a minor possesses the capacity of judgment. Unlike the German Civil Code, the Turkish and Swiss civil codes stipulate no strict age limit regarding a minor's capacity for tort liability. Therefore, an assessment should be made on this matter in accordance with each concrete case. Age is the most crucial element of this assessment. For this reason, although neither Turkish nor Swiss civil law stipulate a strict age limit in terms of a minor's capacity for tort liability, in doctrine and judicial practice, some age ratings have been considered for determining the capacity of judgment. In this context, capacity of judgment has been suggested to be ratable, with reduced capacity of



judgment having been created as a third category between the presence and non-presence of capacity of judgment. However, no need is found to create such a concept during the stage of determining when liability arose. This because Turkish law does not differentiate between full and reduced capacity of judgment, and even the presence of a slight fault is sufficient for liability to arise. A minor who has been identified as possessing the capacity of judgment (even at a reduced capacity) is to be held liable for tort. When determining damages, however, being a minor is considered a reason for reducing damages.

Consequently, a minor's capacity of judgment should be determined in Turkish law by considering all the other characteristics of the concrete case, as well as the factor of age. Instead of legally stipulating a strict age rating regarding capacity of judgment, this determination can be based on age ratings that are accepted in doctrine and in judicial practice. These age ratings are supplementary sources for guiding a judge in terms of determining capacity of judgment. This will serve to ensure both justice in the concrete case as well as legal security, as the other characteristics of the concrete case will be able to be considered alongside age.

Another characteristic of the liability for tort through fault of a minor as debtor arises at the stage of determining damages. Turkish and Swiss legal doctrines are of the prevailing opinion that, if a child is found liable, damages should be reduced due to being a minor, as based on the doctrine of slight fault. Thus, filling the deficiency that arises from the lack of any explicit legal provision on this matter is expediently attempted through doctrine and judicial practice. However, explaining the doctrine of slight fault as the basis for reducing damages within the scope of "grossness of fault" as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations (see also Art 43/1 of the Swiss Code of Obligations) is unsatisfactory. This is simply because the presence of slight fault does not automatically lead to a reduction in damage as commonly accepted. In order to reduce damages through slight fault, other characteristics of the concrete case should justify the reduction. Therefore, considering the slight fault alone may be insufficient to ensure that being a minor is considered a factor affecting the damage amounts in any case. For this reason, being a minor should be considered a distinct reason for reduction within the scope of the circumstances stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations. The basis for reduction should be the distinction between minor and child rather than grossness of fault. From this study's point of view, accepting being a minor as a reason for reducing damages is based on the idea of protecting the child, which in turn derives from the Constitution and various international treaties and documents. The best interest and protection of a child require the minor's age to be considered as the reason for reduction when determining the amount of damages, the minor is obliged to pay. The basis for this in liability law should be the circumstance, as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations.

## Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler

### Giriş

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin<sup>1</sup> kusurlu bir fiille başkasına vermiş oldukları zarardan doğan sorumluluk konusunda hangi ilkenin benimseneceği, küçüklere yönelik yaklaşıma göre her hukuk düzeninde farklılık arz edebilecektir. Bu anlamda, küçükün haksız fiillerinden sorumluluğu konusunda tam sorumluluk kuralı benimsenebileceği gibi, kendilerini gözetmekle yükümlü kişilerin sorumluluğu karşısında onların sorumluluklarının sadece ikincil nitelikte olabileceği veya sadece hakkaniyet esasına göre sorumlu tutulabilecekleri ya da hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacakları esası benimsenebilir<sup>2</sup>. Hukukumuzda ve kaynak İsviçre hukukunda, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu bakımından küçüklerin, ayırt etme gücüne sahip olmaları koşuluyla haksız fiillerinden bizzat sorumlu oldukları kuralı geçerlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler ise (hakkaniyet esasına dayanan sorumluluk hali saklı kalmak üzere) haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlar. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip (sınırlı ehliyetsiz) küçükler, haksız fiil sorumluluğu bakımından tam fiil ehliyetine sahip yetişkinlerle eş tutulduklarından, kendilerini büyük bir yük altına sokabilecek tazminat borcuyla doğrudan ve bizzat karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu nedenle, haksız fiil sorumluluğu bakımından küçükün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı; ayırt etme gücü bulunuyor ise, tazminatın belirlenmesi aşamasında yaş küçüklüğünün bir indirim sebebi olarak dikkate alınıp alınmayacağı, küçüklerin kusur sorumluluğu bakımından ayırt edici iki husus olarak ön plana çıkmaktadır.

Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların yetişkin ve küçük arasında bir ayırım yapılmaksızın düzenlenmiş olması, küçüklerin tazminat sorumluluğu bakımından onlara ait özelliklerin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. On sekiz yaşından küçük olup, henüz erginliklerini kazanmamış olan çocukların hukuk düzeni tarafından korunması gereği sorumluluk hukuku alanında da geçerli olup, “küçükün yararı” burada da gözetilmesi gereken üstün

<sup>1</sup> Pozitif hukukta açık tanımına rastlanmayan “küçük” veya “çocuk” kavramı, erginlik yaşının altında bulunan insanları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 26-27). Bu anlamda, Türk Medeni Kanunu’na (TMK’ya) göre on sekiz yaşını doldurmayan, diğer deyişle kural olarak ergin olmayan herkes küçük sayılır (Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979) 109-110; Ömer Arbek, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk* (Yetkin Yayınları 2007) 23). Çocuk hukuku bakımından da özel korumaya alınan çocuklar, on sekiz yaşından küçük olup, henüz erginliklerini kazanmamış olan çocuklar şeklinde tarif edilmektedir (Bu konuda bkz Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Genişletilmiş İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık 2005) 2 vd, özellikle 10. Ayrıca bkz Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020) 102 vd; Remzi Demir, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması’ (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271, 274). Başka bir ifadeyle çocuk, kişiliğinin başladığı sağ ve tam doğum anından itibaren, ergin olunan ana kadarki zaman aralığında bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir (Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968) 17). Anayasa ve çeşitli kanunlarda ergin olmayan kişileri ifade etmek üzere kullanılan “küçük”, “çocuk”, “genç” kavramları bu çalışmada aynı anlamda kullanılmıştır (Ayrıca bkz Algan (n 1) 26, dn 71).

<sup>2</sup> Bu konuda çeşitli hukuk düzenlerini karşılaştıran bir çalışma için bkz Helmut Koziol, ‘Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet’ iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 89 vd.

menfaat olarak ön plana çıkar. Bu nedenle, gerek sorumluluğun kurulması aşamasında ayırt etme gücünün tespiti bakımından gerek tazminatın belirlenmesi aşamasında yaş küçüklüğünün tazminatın miktarına etkisi yönünden sorumlunun küçük olmasının yarattığı özellik göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada ilk olarak sorumluluğun kurulması bakımından küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesinde ortaya çıkan özellik üzerinde durulacak, daha sonra ise sorumlunun küçük olmasının, bu kez tazminatın belirlenmesi aşamasında yarattığı bir özellik olarak yaş küçüklüğünün bir indirim nedeni sayılması hususu değerlendirilecektir.

## I. Sorumluluğun Kurulması Aşamasında Ortaya Çıkan Özellik: Ayırt Etme Gücünün Belirlenmesinde Yaş Basamaklarının Rolü

### A. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu oldukları kuralı geçerlidir [TMK m 16/2 ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art 19/3]. Buna göre, küçüklerin kusur sorumluluğu kapsamında haksız fiillerinden<sup>3</sup> sorumlu tutulabilmelerinin temel koşulu, ayırt etme gücünün bulunmasıdır. Küçükler, ancak ayırt etme gücüne sahip iseler haksız fiil ehliyetine de sahip olabilir ve dolayısıyla yol açtıkları kişi veya malvarlığı zararlarından sorumlu tutulabilirler. Böylece hukukumuzda, ayırt etme gücüne sahip (sınırlı ehliyetsiz) küçüklerin haksız fiillerinden eksiksiz ve kişisel olarak sorumlu oldukları kuralı benimsenmiştir<sup>4</sup>. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan (tam ehliyetsiz) küçükler, kusur ehliyetleri bulunmadığından<sup>5</sup> haksız fiillerinden sorumlu olmazlar (TMK m 15)<sup>6</sup>. Onlar ancak,

<sup>3</sup> TMK m 16/2'de yer verilen küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olacağına ilişkin ifadenin dar olduğu, bunun, sadece haksız fiillerden değil, tüm kusurlu davranışlardan sorumlu olunacağı şeklinde anlaşılması gerektiği, bu anlamda küçüklerin sözleşmeye aykırılıklarından da sorumlu tutulabileceklerine ilişkin olarak bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011) 408 vd. Yine, ayırt etme gücü bulunan küçüğün, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda başkasını aldatarak bir işlem yapması halinde (TMK m 452/2), karşı tarafın güven zararının haksız fiil bağlamında tazmin edilmesi gerektiği, burada küçüğün culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulmasının küçüğü koruma amacıyla bağdaşmayacağı belirtilmektedir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 100; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 399 vd).

<sup>4</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 100; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 399 vd; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (C. II m. 49-82)*, m 49 (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) N 161.

<sup>5</sup> Selim Kaneti, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi', *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)* (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980) 50.

<sup>6</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Halük Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 57; Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB- Rechts- und Handlungsfähigkeit* (2. Aufl, Stämpfli Verlag 2017) Art 16 N 7 ve Art 19 N 349; Halük N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınevi 2021) 186, N 115; Hardy Landolt, 'Kinder als Täter und Opfer – sozialversicherungsrechtliche Aspekte' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 191-92.

Aynı şey, zarar görenin ortak kusuru nedeniyle tazminatı indirim yapılabilmesi bakımından da geçerlidir. İlginin özel olarak korunmaya layık olması ve sosyal sorumluluk, ayırt etme gücünün zarar gören bakımından da sağlanmış olmasını gerektirir (Manfred Dähler, 'Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungs begründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 32. Ayırt etme gücünün, zarar gören ve ortak kusur bakımından da aranması gerekliliğinin temellendirmesi için ayrıca bkz Stephan Weber, 'Reduktion von Schadenersatzleistungen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2007: Tagungsbeiträge* (Schulthess Verlag 2007) 125-126). Bu halde tazminatta indirim yapılabilmesi, ayırt etme gücünün varlığını gerektirir. Bu anlamda

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 65'e [İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art 54] göre hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulabilir<sup>7</sup> veya onların davranışları nedeniyle ev başkanının sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>8</sup>.

Sorumluluk hukukunda kusurun ilk işlevi, genel kusur sorumluluğu bakımından sorumluluğun kurulmasına (TBK m 49, OR Art 41), ikinci işlevi ise tazminatın belirlenmesinde (TBK m 51, OR Art 43) bir kriter olarak dikkate alınmasına ilişkindir<sup>9</sup>. Bu anlamda ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olduğu kuralı, genel kusur sorumluluğu bakımından ilk olarak sorumluluğun kurulması aşamasını ilgilendirir. Sorumluluğun kurulması bakımından, zarar verenin tazminatla yükümlü tutulup tutulamayacağına ilişkin sübjektif koşul, TMK m 16/2'de haksız fiil ehliyeti olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Kusur sorumluluğu, haksız fiil veya kusur ehliyetini, dolayısıyla ayırt etme gücünü şart koşar<sup>11</sup>. Ayırt etme gücü haksız fiil ehliyetinin zorunlu koşuludur. Hatta haksız fiil ehliyeti, ayırt etme

çok küçük bir çocuğun ortak kusurundan söz edilemez (Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl, Stämpfli Verlag 2021) Art 44 N 23; Ingeborg Schwenzler, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli Verlag 2016) § 16 N 16.05; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7 ve Art 19 N 327, 349. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 28, 31; Martin A. Kessler, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015) Art 44 N 7. Bu konudaki bir karar için bkz BGE 93 II 89, E 5d, Bernhard Stehle ve Sebastian Reichle, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (10. Aufl, Schulthess Verlag 2021) Art 44 N 11). Birkaç yıldır ve düzenli olarak kayak yapan on buçuk yaşındaki bir çocuğun, kayağın tehlikelerini öngörebilirdiği olması gerektiğine, hazırlanmış pistten saparak ağır biçimde yararlanan çocuğunun ortak kusur bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu, hatta doktrinde, spesifik olarak kayak bakımından ayırt etme gücünün okul çağının başlamasından itibaren kabul edilmesi gerektiğinin ileri sürüldüğüne ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz BGER 4A\_206/2014, 18.09.2014, E 4.4, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 17.07.2023). Bir başka kararında Federal Mahkeme, ormandaki marangozluk işlerinin yakınında bulunan, stabil olmayan bir ağaç gövdesinin altında oturan yaklaşık on iki yaşındaki bir çocuğun ortak kusurunun bulunmadığına karar vermiştir (BGE 4A\_520/2007, E 5.3, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 19.07.2023. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 147).

<sup>7</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 499 vd; Tandoğan (n 6) 58; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 187, N 115.2; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2021) 322-323; Arbek (n 1) 53 vd; Landolt (n 6) 191-92; Dähler (n 6) 26, 32; Schwenzler (n 6) § 22 N 22.10; Koziol (n 2) 100-101; Brehm (n 6) Art 41 N 183a. Ayrıca bkz Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52 N 27. Bu halde, tarafların malvarlığı durumunun özellikle önem taşıdığı belirtilmektedir (Koziol (n 2) 100-101. Ayrıca bkz Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 323).

Zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde TBK m 65'e (OR Art 54) kıyasen ortak kusurun göz önünde bulundurulabileceği ve tazminatta bir indirim yapılabileceğine ilişkin olarak bkz Tandoğan (n 6) 325; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 598; Haluk N. Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Yayınevi 1996) 128; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku, Cilt: I Sözleşme Dışı Sorumluluk* (1. Bası, Turhan Kitabevi 2002) 133; Kessler (n 6) Art 44 N 7; Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 7-8; Schwenzler (n 6) § 16 N 16.05. Ayrıca bkz Weber (n 6) 126. Federal Mahkeme de bir kararında, on bir buçuk yaşındaki bir çocuğun, ayırt etme gücü bulunmadığından ortak kusurlu sayılamayacağı; ancak OR Art 54'e (TBK m 65) kıyasen tazminatta bir indirim yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır (BGE 60 II 38, E 3, <https://entscheide.weblaw.ch>, Erişim Tarihi 22.07.2023).

<sup>8</sup> Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl, Schulthess Verlag 2013) 43; Brehm (n 6) Art 41 N 183a; Landolt (n 6) 192. Ayrıca bkz Ağah Kürşat Karauz ve Yakup Çokkaş, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 48, dn 26.

<sup>9</sup> Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2019) N 1972; Brehm (n 6) Art 43; Brehm (n 6) Art 41 N 183a; Landolt (n 6) 192. Ayrıca bkz Ağah Kürşat Karauz ve Yakup Çokkaş, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 48, dn 26.

<sup>10</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 318; Antalya (n 9) 69 vd.

<sup>11</sup> Dähler (n 6) 22-23; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 321.

gücünden başka bir şey değildir<sup>12</sup>. Dolayısıyla haksız fiil ehliyeti bakımından tam fiil ehliyetine sahip yetişkinler ile ayırt etme gücüne sahip küçükler arasında bir ayırım bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Şu hâlde, TBK m 49/1 hükmüne göre sorumluluğun kurulması (ki küçükler bakımından sorumluluk çoğu zaman bu hükme dayanacaktır) bakımından, yetişkinler (erginler) için aranan koşulların küçükler için de aynı şekilde gerçekleşmesi gerekir<sup>14</sup>. Bununla birlikte, sorumluluğun kusur unsuru bakımından küçükler, yetişkinler karşısında farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Öyle ki, doktrinde kusurun subjektif yönü olarak değerlendirilen ayırt etme gücünün<sup>15</sup> varlığı, sorumluluğun kurulması bakımından küçük ve yetişkinlerde bir farklılık arz etmemekle birlikte, yetişkinler bakımından geçerli olan “ayırt etme gücünün varlığı” karinesinin<sup>16</sup> küçükler bakımından da yürürlükte olduğu söylenemez. Bu anlamda, küçüklerde ayırt etme gücünün varlığını kendiliğinden geçerli saymak mümkün değildir<sup>17</sup>. Her seferinde somut duruma göre bir değerlendirmenin yapılacağı bu halde, özellikle küçüklerin ortalama gelişimi ve aşağıda açıklanacak olan yaş basamakları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>18</sup>. Somut durumda ayırt etme gücünün ve dolayısıyla haksız fiil ehliyetinin varlığı bir defa tespit edilen küçük, artık her türlü kusurundan sorumlu tutulabilecektir. Zira TBK m 49’a göre sorumluluğun kurulması bakımından kusurun yoğunluğu veya derecesinin bir önemi bulunmaz. Bu aşamada kast, ağır veya hafif ihmâl arasında bir fark bulunmaz. Kusurun derecesi, tazminat miktarının belirlenmesi aşamasında işlevsel olur<sup>19</sup>. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda yaş küçüklüğünün kusurun derecesini ve tazminat miktarını etkileyip etkilemediği ise sonraki başlık altında incelenecektir.

<sup>12</sup> Dähler (n 6) 21-22.

<sup>13</sup> Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1992) 247. Bu anlamda ayırt etme gücüne sahip küçükler, kusur sorumluluğu bakımından adeta tam fiil ehliyetine sahiptirler (Roland Fankhauser ve Anna Bleichenbacher, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl, Orell Füssli Verlag, 2021) Art 19 N 7).

<sup>14</sup> Dähler (n 6) 25.

<sup>15</sup> Brehm (n 6) Art 41 N 179-180; Huguenin (n 9) N 1989, 1891; Schönerberger (n 9) Art 41 N 30. Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 4; Eren ve Dönmez (n 4) m 49 N 160; Kılıçoğlu (n 7) 371. Ayrıca bkz Schwenzen (n 6) § 22 N 22.04-05.

<sup>16</sup> Huguenin (n 9) N 1989, 1891; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290, 295.

<sup>17</sup> Dähler (n 6) 25. Aynı yönde bkz Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77 vd; Heinz Rey, *Aussvertragsliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2008) N 833.

Küçüklerin bu bakımdan yetişkinlere göre daha ayrıcalıklı konumda olduğu, onlar için farklı bir çıkış noktasının bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, küçüklerde ayırt etme gücü ancak sınırlı olarak varsayılabilir (Dähler (n 6) 21). Yetişkinlerin aksine küçüklerde ayırt etme gücünün bulunmayışının karine olduğuna ilişkin olarak bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 16; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77. Ayrıca bkz Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku-Cilt II- Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2022) 61. Buna ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi de denilmektedir (Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 295-296). Benzer biçimde, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin karinenin, çocuğun yaşının küçüklüğü oranında zayıfladığı veya ortadan kalktığına ilişkin olarak bkz Kaneti (n 5) 51.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52; Landolt (n 6) 191-192.

<sup>19</sup> Manuel Jaun, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2007) 212; Dähler (n 6) 26; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) N 157; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Vedat Kitapçılık 2011) 139; Tülay Aydın Ünver, ‘Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi’* (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan, C. I) 233, 237; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 129; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 496; Tandoğan (n 6) 46, 55; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 186, N 114.1; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 56, 66. Ayrıca bkz Ahmet M. Kılıçoğlu, ‘Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi’ (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 194.

## B. Yaş Basamaklarının Öncü Rolü

Haksız fiil ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün hangi andan itibaren kazanılacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TMK m 13 hükmü sadece, yaş küçüklüğü nedeniyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğunu öngörmektedir. Bu da somut duruma göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirir ki, ayırt etme gücünün hukukumuzda (hukuki işlem ehliyetinde olduğu gibi haksız fiil ehliyetinde de) göreceli olduğunun ifadesidir<sup>20</sup>. Başka bir deyişle, yaş küçüklüğünün makul davranışı etkileyip etkilemediği her somut olaya göre incelenir<sup>21</sup>.

Ceza kanunlarından farklı olarak Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında ayırt etme gücünün kazanılmasına ilişkin kesin bir yaş sınırı öngörülmüş olmayıp, bu konudaki sınır değişkendir<sup>22</sup>. Haksız fiil ehliyetinin temelini oluşturan ayırt etme gücünün yaş basamaklarına göre derecelendirilmediği bu hukuk düzenlerinde, her bir somut durum bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu anlamda ayırt etme gücünün; zararın meydana gelme olasılığını öngörmeyi, haksızlık bilincini ve zarar verici veya tehlikeli davranıştan kaçınma iradesini gerektirdiği kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Nitekim İsviçre yargı kararlarında, vermiş olduğu zarardan hangi andan itibaren sorumlu olacağına ilişkin sorun bakımından küçüğün, davranışının tehlikesini bilip bilmediği ve davranışının arz ettiği tehlikenin bilincinde olsaydı farklı bir davranışta bulunup bulunmayacağı göz önünde bulundurulmaktadır. Bu anlamda, küçükler bakımından yapılacak değerlendirmede önemli olan, onların genel olarak ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları değil, belirli bir yasağı biliyor olmaları ve söz konusu somut fiille bir tehlike yarattıklarının bilincinde olmalarıdır<sup>24</sup>. Somut durumda ayırt

<sup>20</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>21</sup> Heinz Hausheer ve Pasqualina Perrig-Chiello, 'Selbstbestimmung- auch eine Frage des Alters' (2012) (148) ZBJV 773, 777; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Dähler (n 6) 22; Huguenin (n 9) N 1995; Dural ve Ögüz (n 17) 58. Hukuki anlamda ayırt etme gücü kavramının; büyüme çağındaki çocuğun artan bağımsızlığı (özerkliği) ile kendi davranışlarının yol açtığı hukuki sonuçlara karşı azalan korunması arasında sürekli bir denge kurulması anlamına geldiğine, bilişsel ve psikososyal gelişim ile uyum içinde olduğuna ilişkin olarak bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776.

<sup>22</sup> Tekinay (n 13) 228; Kaneti (n 5) 51; Dural ve Ögüz (n 17) 58; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290, 292; Antalya (n 9) 318; Cüneyt Bellican, 'Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu' (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi 34, 34; Aydın Ünver (19) 236; Karauz ve Çokkaş (n 8) 60. İsviçre hukuku bakımından bkz Vito Roberto, *Hafpflichtrecht* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2013) N 07.33; Huguenin (n 9) N 1995; Brehm (n 6) Art 41 N 182; Schwenzler (n 6) § 22 N 22.08; Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 10; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Koziol (n 2) 100-101. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 145; Schönenberger (n 9) Art 41 N 30. İsviçre hukukunda ayırt etme gücüne ilişkin asgari bir yaş sınırının öngörülmediği; normal durumda başkasının iradesini etkileme girişimine karşı koyabilen kişinin makul davranma ehliyetine sahip bulunduğu ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 90 II 9/11 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 41 N 182).

Türk Ceza Kanunu (TCK) ise, on iki yaşını doldurmamayan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığını; on iki-on beş yaş aralığındaki çocukların ceza ehliyetinin varlığının araştırılacağını, ceza ehliyetinin bulunması halinde cezanın indirilmi olarak uygulanacağını; on beş-on sekiz yaş aralığında ise ceza ehliyetinin bulunduğunu; ancak cezanın indirilmi uygulanacağını öngörmektedir (TCK m 31. Bu konuda bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 12 vd). Hukuk hakiminin, haksız fiil ehliyetinin tespiti bakımından TCK'da öngörülen yaş sınırlamaları ile bağlı olmadığı belirtilmelidir (Kılıçoğlu, 'Haksız Fiillerden Sorumluluk' (n 19) 195; Aydın Ünver (19) 236). Ceza hukukundan farklı olarak medeni hukuk bakımından çocuk-geçen ayrımının ve buna ilişkin yaş derecelendirmelerinin bulunmadığı, on sekiz yaşını doldurmamayan herkesin küçük kategorisinde yer aldığına ilişkin olarak ayrıca bkz Dähler (n 6) 17-18.

<sup>23</sup> Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 6; Brehm (n 6) Art 41 N 179-180; Dähler (n 6) 20-21. Ayrıntılı açıklama için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 138 vd.

<sup>24</sup> Dähler (n 6) 18, 22. Bu yöndeki bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 72 II 198, E 2 b (<https://www.servat.unibe.ch>,

etme gücüne sahip olduğu bir defa tespit edilen küçük, hukuki işlem ehliyetinden farklı olarak haksız fiil ehliyetini sınırsız olarak kazanmış olur<sup>25</sup>.

Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarından farklı olarak Alman Medeni Kanunu (BGB), küçüklerin haksız fiil ehliyeti bakımından katı bir yaş sınırı öngörmektedir<sup>26</sup>. Buna göre, yedi yaşını doldurmayan küçükler, kendi fiilleriyle bir başkasına vermiş oldukları zarar nedeniyle hiçbir sorumluluk yüklenemez (BGB § 828/1). Yine, yedi ila on yaş aralığındaki küçükler, bir motorlu taşıt veya demiryolu aracının dâhil olduğu bir kazada, kasıtlı olmadan yol açtıkları zararlardan sorumlu değildirler (BGB § 828/2). Bu haller dışında, henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan küçükler, zarar verici fiili işlediklerinde sorumluluğu kavramak için gerekli idrake sahip değil iseler sorumlu tutulamazlar (BGB § 828/3)<sup>27</sup>. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda her ne kadar böyle bir yaş kademelenmesi öngörülmüş değilse de doktrinde ve yargı uygulamasında, haksız fiil ehliyeti anlamında ayırt etme gücünün tespitinde yaş derecelendirmesi belli bir ölçüde dikkate alınmaktadır<sup>28</sup>. Bu anlamda, yedi yaşından önce ayırt etme gücünün varlığı kural olarak reddedilmektedir<sup>29</sup>. On dört yaşından itibaren ise ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Esas sorun ise, yedi ila on dört yaş aralığında bulunan çocukların ayırt etme gücü bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, doktrinde genel yaşam deneyimlerine göre kural olarak ayırt etme gücünün bulunmadığının kabul edildiği erken çocukluk yaşını aşmış; ancak henüz erginlik yaşına yakın bir yaşta (ki genel yaşam deneyimlerine göre bu yaştan itibaren ayırt etme gücünün bulunduğu varsayılır) bulunmayan küçükler bakımından

Erişim Tarihi 25.07.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 182a).

<sup>25</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13. Ayrıca bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>26</sup> Koziol (n 2) 101. Ayrıca bkz İlhan Helvacı, 'Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine' (1997) 55 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145, 146, dn 5.

<sup>27</sup> Küçükün sorumlu tutulmadığı söz konusu hallerde, BGB § 829'a göre hakkaniyet sorumluluğu devreye girebilecektir (Koziol (n 2) 101).

<sup>28</sup> Dähler (n 6) 23; Landolt (n 6) 192.

<sup>29</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 145; Roberto (n 22) N 07.33. Yine aynı yönde olmak üzere, erken çocukluk döneminde ayırt etme gücünün hiçbir şekilde bulunmadığına ve bu kişilerin davranışının hukuken sorumluluk doğurmayacağına ilişkin olarak bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776. Ayırt etme gücünün okul çağından önce nadiren kabul edildiği; söz konusu davranışa göre on-on bir yaşına kadarki çocuklarda dahi ayırt etme gücünün reddedilebileceği yönünde bkz Schwenzer (n 6) § 22 N 22.08. Ayırt etme gücünün genelde yedi-on yaş aralığında kazanıldığına ilişkin olarak bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13.

Bu kapsamda, basit bir yasağın ihlali bakımından (kibrit çöpüyle oynama, otomobil karoserini çizme, pencereye taş atma gibi), küçükün gelişimine göre okula başlama çağıyla birlikte ayırt etme gücüne erişildiği, hatta daha öncesinde bile ayırt etme gücünün bulunabileceği ileri sürülmektedir (Brehm (n 6) Art 41 N 182. Ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1995; Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 11). Daha karmaşık olaylar bakımından ise (kimyasal maddelerin kullanılmasında olduğu gibi) daha yüksek bir yaşa erişilmiş olması aranır (Huguenin (n 9) N 1995).

<sup>30</sup> Dähler (n 6) 24. Ayırt etme gücünün varlığının on iki yaşından itibaren kabul edildiğine ilişkin olarak bkz Roberto (n 22) N 07.33; Schwenzer (n 6) § 22 N 22.08. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, on dört yaş ile on altı yaş aralığındaki çocuklar, daha basit olaylar bakımından büyük ölçüde yetişkinlerle eş tutulur (BGer, 31.3.2008, 4A\_520/2007, E 5.3 ve bu kararda anılan diğer kararlar (www.bger.ch, Erişim Tarihi 22.07.2023). Bu konuda ayrıca bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52; Landolt (n 6) 192; Brehm (n 6) Art 41 N 183; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 148). Tıbbi müdahaleler bakımından ayrıca bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 780.

bir karine benimsemiş değildir<sup>31</sup>. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespitinde en zorlu yaş aralığını oluşturan bu yaş grubundaki küçükler bakımından yürütülen tartışmalardan birini de - tıpkı ihmalde olduğu gibi - ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin mümkün olup olmadığı oluşturmaktadır. Medeni Kanun (TMK m 13 vd, ZGB Art 16 vd), sadece “ayırt etme gücü bulunan ve bulunmayan” ayırımı yapmakta olup, ayırt etme gücünün derecelendirilmesinden söz etmemektedir<sup>32</sup>. Bu kapsamda ileri sürülen bir görüşe göre, ceza hukukundan farklı olarak, medeni hukuk kurallarına göre ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesi mümkün değildir<sup>33</sup>. Buna karşılık doktrinde ileri sürülen bir başka görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi, ayırt etme gücünün tamamen varlığı ile yokluğu arasında üçüncü bir kategori olarak *indirilmiş/azaltılmış ayırt etme gücünün* varlığını kabul ederek, ayırt etme gücünün derecelendirilmesini mümkün görmektedir<sup>34</sup>. Buna göre, ayırt etme gücünün yokluğundan varlığına geçişin (veya tersinin) her bir somut davranışa göre kademeli olarak gerçekleşeceği şüphesizdir. Bu durumu göz önünde bulundurmak isteyen bir hukuk düzeni, ayırt etme gücünü ara aşamalara ayırmalıdır; ki bu durum indirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasına yol açar. Zarar verenin çocuk yaşta olması nedeniyle akla uygun davranma yeteneği bütünüyle bulunmamakla birlikte, bunun tamamen olmadığı da söylenemiyorsa, ayırt etme gücünün indirilmesi/azaltılması gerekir<sup>35</sup>. Bu kapsamda, yedi yaşından on dört yaşına kadarki çocukların, kural olarak sadece indirilmiş ayırt etme gücüne sahip oldukları ileri sürülmektedir. Bu halde, çocuğun gelişimi ve somut durumda zarara yol açan (veya ortak kusur olarak nitelendirilebilen) davranışın değerlendirilmesi gerekir. Özellikle on iki yaşına kadarki çocuklar bakımından, çoğu halde kusur ehliyetinde büyük bir indirim yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>36 37</sup>.

<sup>31</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 160. Somut duruma göre bir değerlendirmenin yapılması gerektiği bu halde, ayırt etme gücüne ilişkin ispat yükü, küçük lehine yapılacak yorumla ayırt etme gücünün bulunduğunu iddia edene yükletilmelidir (Benzer yönde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 16).

<sup>32</sup> Landolt (n 6) 191 Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 348.

<sup>33</sup> Theo Guhl ve Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Aufl, Schulthess Verlag 2000) § 24 N 44; Ignacio Moreno, ‘Kürzung von Schadenersatzleistungen- zu wenig oder zu viel’ (2014) (4) HAVE 437, 440. Yine bu görüşte bkz Helvacı (n 26) 148, dn 15. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 22.

<sup>34</sup> Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Schulthess Verlag 1995) § 5 N 123; Brehm (n 6) Art 41 N 181a; Antalya (n 9) 71. Bu yöndeki bir Federal Mahkeme kararına göre; ZGB Art 16-19 hükümlerinin sadece ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan arasında bir ayırım yaptığı, söz konusu hükümlerin, ceza hukukunda geçerli indirilmiş ceza ehliyeti ile karşılaştırıldığında, bir ara derece olarak indirilmiş ayırt etme gücünü tanımadığı şüphesizdir. Ancak bu, medeni hukukta böyle bir ara aşamanın hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez. Ayırt etme gücüne sahip olanın kural olarak haksız fiil ehliyetine de sahip olduğu, ayırt etme gücü bulunmayanın ise haksız fiil ehliyetinden yoksun olduğu doğrudur. Ancak sorumluluğun kapsamının, diğerlerinin yanında kusurun büyüklüğüne göre de belirlendiği haksız fiilin sonuçlarının değerlendirilmesinde ayırt etme gücünün derecesi de dikkate alınır (BGE 102 II 363, E 4, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 25.07.2023). Bu konuda ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1996; Schwenzer (n 6) § 22 N 22.09.

<sup>35</sup> Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 123.

<sup>36</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 146. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 183. İsviçre Federal Mahkemesi, ok ve yaylarla oynayan ve bunlardan birinin gözünü kaybettiği dokuz yaşındaki üç çocuğun (BGE 104 II 184); bir yüksek gerilim direğinin vidalarını söken on iki yaşındaki bir çocuğun (BGE 90 II 9/14) ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir (Söz konusu kararlar için bkz Rey (n 17) N 823-824). Ancak Yüksek Mahkeme, söz konusu kararlarda yaş küçüklüğünü göz önünde bulundurarak tazminatta indirim yapmıştır (Bkz aşağıda, dn 69 ve dn 72).

<sup>37</sup> Özel olarak karayolları trafiği bakımından da ayırt etme gücünün yaşa göre derecelendirildiği görülmektedir. Gerçekten bir görüşe göre trafik bakımından, okul öncesi yaştaki ve birinci sınıfta bulunan çocuklar ayırt etme gücünden tamamen



Ayırt etme gücünün yukarıda belirtildiği şekilde derecelendirilmesi ve bu kapsamda indirilmiş ayırt etme gücünden hareket edilmesi, kanaatimizce ayırt etme gücünün varlığının belirlenmesi ve dolayısıyla sorumluluğun kurulması aşamasında bir işleve sahip değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere kusurun ve bu kapsamda ayırt etme gücünün her derecesi, sorumluluğun kurulması için yeterli olacaktır. İndirilmiş ayırt etme gücü kabul edilse bile bunun, olsa olsa haksız fiilin sonuçlarının belirlenmesi, özellikle tazminatta yapılacak indirim bakımından bir etkiye sahip olup olmayacağı üzerinde durulabilir<sup>38</sup>. Yoksa ayırt etme gücünün belirlenmesinde “ya hep ya hiç” ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bir kişi ayırt etme gücüne ya tam olarak sahiptir ya da sahip değildir<sup>39</sup> ve bu anlamda ya sorumludur ya da değildir<sup>40</sup>. Aksini ileri sürmek pratik bir değer taşımayacağı gibi, ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir karmaşaya da yol açacaktır. Şu hâlde ayırt etme gücünün (indirilmiş de olsa) varlığı halinde çocuğun sorumlu olduğu kabul edilmeli; ancak yaş küçüklüğü, tazminatın belirlenmesi aşamasında bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulmalıdır<sup>41</sup>.

Ayırt etme gücüne ilişkin kesin bir yaş sınırının öngörülmediği hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, küçüğün ayırt etme gücünün tespiti için yaş unsurundan hareket edilerek birtakım kavramlar yaratmak suretiyle çözüm bulunmaya çalışılsa da en

yoksundurlar. Dokuz-on dört yaş aralığındaki çocuklar ise indirilmiş/azaltılmış ayırt etme gücüne sahiptirler. Daha büyük çocuklar (gençler) ayırt etme gücüne sahip kişiler olarak nitelendirilir (Rolf P. Steinegger ve Lorenz Luginbühl, ‘Schuldhaftes Verhalten von Kindern im Strassenverkehr, unter Berücksichtigung der entwicklungsneurologischen Voraussetzungen des kindlichen Verhaltens’ Collezione Assista (1998) 721, Dähler (n 6) 24’ten naklen). Bu kapsamda, yaya geçidinin önünde duran bir kamyonu dikkat etmeksizin yaya geçidinde koşan altı yaşındaki bir çocuğun ayırt etme gücünün bulunmadığına ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 89 II 56 (Karar için bkz www.bger.ch, Erişim Tarihi 25.07.2023. Ayrıca bkz Rey (n 17) N 827). Federal Mahkeme’nin bir başka kararına göre, yolun boş olup olmadığından emin olmadan, trafiği yoğun olan bir ana caddede bisikletiyle karşıya geçen dokuz yaşındaki bir çocuk ayırt etme gücüne sahiptir (BGE 111 II 89/93. Karar için bkz Rey (n 17) N 822).

Daha önceden okulda trafik dersi almış ise, ikinci sınıftan itibaren çocukların belli bir oranda kusurlu kabul edilebileceğine; ancak trafikte, on iki yaşın altındaki çocukların tam ayırt etme gücünün kural olarak bulunmadığına, özellikle ağır kusurun alt sınırının yaklaşık olarak on dört yaş olduğuna ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 41 N 183b ve orada anılan Federal Mahkeme kararları. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 33. Yine bu kapsamda, trafiğe tam anlamıyla bir uyumun ancak on beş-on altı, hatta bazı durumlarda on yedi yaşından itibaren başlayacağı ileri sürülmektedir (Dähler (n 6) 33). Yaştan bağımsız olarak, trafiğe katılan gençlere karşı, bunlar diğerlerinin algısında küçük olarak görünüyorsa, ihtiyatlı olma yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin olarak bkz BGE 6S.13/2006 vom 30. August 2006 (Dähler (n 6) 24). Çocukların karayolları trafiği bakımından eksik olan idrak kabiliyetlerinin hesaba katılması gerektiğine ilişkin haklı isteğin, kusur ehliyeti bakımından kesin bir yaş kademelenmesi öngörmeyen tüm hukuk düzenlerinde kolaylıkla dikkate alınabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz Koziol (n 2) 108.

<sup>38</sup> Bu yönde bkz Dähler (n 6) 23. Bu konuda ayrıca bkz aşağıda, II, A, 2. Ayırt etme gücünün derecelendirilemeyeceğine, derecelendirilebileceği kabul edilse dahi, bunun kusurun ağırlığının derecesini etkileyemeyeceğine, ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun, sadece kusurun ve kusur sorumluluğunun varlığını veya yokluğunun tespitine yarayacağına, ayırt etme gücünün derecesinin, olsa olsa davranış kuralının içeriği belirlenirken hesaba katılabileceğine ilişkin benzer bir görüş için bkz Cengiz Koçhisarlıoğlu, ‘Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi’ (2004) 53 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 14 vd. Yukarıda anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararında da (BGE 102 II 363, bkz yukarıda dn 34) esasen bu sonuç vurgulanmaktadır.

<sup>39</sup> Anton K. Schnyder, Wolfgang Portmann ve Markus Müller-Chen, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (2. Aufl., Schulthess Verlag 2013) 84. Aynı yönde bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52. Ayrıca bkz Rey (n 17) N 831.

<sup>40</sup> Jaun (n 19) 212. Yazara göre, kural olarak kısmi bir tazminat sorumluluğundan ve muhtemel bir kusurdan söz edilemez (Jaun (n 19) 212). Benzer biçimde, ayırt etme gücünün derecelendirilebileceğinin kabul edilmesi halinde, ayırt etme gücünün derecesi oranında sorumluluktan söz edileceğine, ayırt etme gücüne kısmen sahip olan kişinin, genel davranış kurallarını kısmen ihlal etmiş sayılacağına ilişkin olarak bkz Koçhisarlıoğlu, ‘Derecelendirme’ (n 38) 7.

<sup>41</sup> Ayrıca bkz Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 12. Bir indirim nedeni olarak yaş küçüklüğü hakkında bkz aşağıda, başlık II altındaki açıklamalar.

nihayetinde yine, ayırt etme gücünün somut duruma göre belirlenmesi kuralına geri dönülmektedir. Dolayısıyla ayırt etme gücü, her halükârda yaştan bağımsız olarak, somut durumun tüm özelliği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmek zorundadır<sup>42</sup>. Nitekim doktrinde, yaş unsurunun yanı sıra fiziksel ve ruhsal gelişim, olgunluk, eğitim ve öğrenim durumu da küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesinde başvurulabilecek kriterler arasında değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. Bu bağlamda, ayırt etme gücünün kanunla katı bir yaş sınırı öngörülerek belirlenmesi, her ne kadar hukuk güvenliğinin sağlanması amacına hizmet edebilirse de somut olay adaletini sağlamada yetersiz kalacağından, isabetli olmaz<sup>44</sup>. Diğer taraftan, küçüğün yaşının (ve bu konuda doktrin ve yargı uygulaması yoluyla yaratılan yaş kategorilerinin), ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde esas alınacak en temel unsur oluşturduğu da tartışmasıdır<sup>45</sup>. Bize göre hem hukuk güvenliğinin hem de somut olay adaletinin sağlanması bakımından tercih edilecek en uygun yol, yaş unsurunun bu konudaki öncü rolünün kabul edildiği; ancak somut durumun diğer özelliklerinin göz ardı edilmediği yoldur. Bu kapsamda, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı konusunda hâkimin kanaat edinmesini sağlamak üzere, küçüklerin olağan gelişimine göre belirli yaş sınırları esas alınabilir<sup>46</sup>. Bu yaş sınırlarının belirlenmesinde kaynak İsviçre hukukundan, özellikle yargı kararları ile benimsenen yaş basamaklarından yararlanılması mümkündür. Sadece Türk hukuk doktrini ve yargı uygulaması değil, kaynak İsviçre hukuk doktrini ve yargı uygulaması da hâkime yardımcı nitelikte önemli birer bilgi kaynağı niteliğindedir<sup>47</sup>. Söz konusu yaş basamakları mutlak olmayıp, hâkim bunlarla bağlı değildir. Bunlar, ayırt etme gücünün belirlenmesi konusunda kılavuz işlevi gören birer referans noktası olarak değerlendirilmelidir<sup>48</sup>. Yargı uygulamasında ve doktrinde kabul edilen yaş basamaklarının bir ölçüt olarak esas alınması, sosyal korumaya muhtaç olan küçükler bakımından bir belirlilik yaratarak hukuk güvenliğini sağlamaya hizmet edebilir. Alman hukukunda olduğu gibi kanunla katı/değişmez bir yaş derecelendirmesi öngörmek yerine, ayırt etme gücünün tespitini kolaylaştıracak ve hâkime bu konuda yol gösterecek yardımcı kaynak niteliğindeki söz konusu yaş basamaklarından yararlanılması, hem hukuk güvenliğinin sağlanmasına hem de yaş unsuru dışındaki somut durumun diğer özelliklerinin kolaylıkla göz önünde bulundurulabilmesine hizmet edecektir.

<sup>42</sup> Kessler (n 6) Art 41 N 52; Antalya (n 9) 71.

<sup>43</sup> Dähler (n 6) 24. Ayrıca bkz Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 8; Schnyder, Portmann ve Müller-Chen (n 39) 84; Roberto (n 22) N 07.33; Arbek (n 1) 48. Trafikte uyum sağlama veya trafik alışkanlığı kazanma unsurunun, özellikle de trafik kazası bakımından okuldaki trafik derslerinin, ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde bir kriter olarak dikkate alınabileceği konusunda ayrıca bkz Dähler (n 6) 24.

<sup>44</sup> Bu konuda katı bir yaş sınırının benimsenmemesi gerektiği görüşünde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>45</sup> Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776. Ayrıca bkz Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290.

<sup>46</sup> Bu yönde bkz Kozioł (n 2) 103-104.

<sup>47</sup> Bu konuda bkz M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 118 vd.

<sup>48</sup> Bu konuda bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 8; Rey (n 17) N 820.

## II. Tazminatın Belirlenmesi Aşamasında Ortaya Çıkan Özellik: Yaş Küçüklüğünün Bir İndirim Nedeni Olarak Göz Önünde Bulundurulması

### A. İndirimin Dayanağının Hafif Kusur ile Açıklanması

#### 1. Hafif Kusurun Tazminatın İndirilmesindeki Rolü

Daha önce belirtildiği üzere, sorumluluğun kurulmasındaki işlevinin yanı sıra kusur, tazminatın belirlenmesi aşamasında başvuru ölçütlerinden biri olması itibariyle ikinci bir işleve daha sahiptir<sup>49</sup>. Gerçekten TBK m 51/1, tazminat belirlenirken durumun gereğinin ve özellikle kusurun ağırlığının göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir. Yine bu kapsamda TBK m 52, tazminatın indirilmesine veya tamamen ortadan kaldırılmasına yol açabilecek halleri düzenlemektedir. Farklı kenar başlıklarla düzenlenmiş olmakla birlikte her iki hüküm de tazminatın belirlenmesi aşamasına ilişkin olup<sup>50</sup>, hâkim bu aşamada söz konusu hükümleri birlikte değerlendirerek bir sonuca ulaşmalıdır<sup>51</sup>. Bu anlamda hâkim, sadece TBK m 52’de belirtilen sebeplerle değil, TBK m 51/1’e göre durumun gereğine, özellikle de kusurun ağırlığına dayanarak da tazminatta bir indirim yapabilecektir<sup>52</sup>. TBK m 51 ve 52 hükümleri bir bütün olarak zararın paylaşılması aşamasına ilişkin olup, zarar verenin uğranılan zararın ne kadarına katlanacağı; zarar verenin kusurunun derecesi, zarar görenin kusuru, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşüp düşmeyeceği gibi hususlar dikkate alınarak belirlenir. Böylece zarar veren, söz konusu hükümler kapsamında tazminatın sadece bir kısmını ödemekle yükümlü olabilecektir<sup>53</sup>. Başka bir ifadeyle hâkim, söz konusu hükümlere göre TBK m 49/1’de öngörülen tam tazmin ilkesinden ayrılarak tazminatın bir kısmına hükmedebilecek, hatta tazminatı tamamen ortadan kaldıracaktır<sup>54</sup>. Kural tam tazmin ilkesi olmakla birlikte, özel durumlar söz konusu ise hâkim, bu durumun tazminat miktarına etki edip etmediği, etki etmekte ise bunun oranını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Bkz yukarıda, I, A’daki açıklamalar.

<sup>50</sup> Schönenberger (n 9) Art 43 N 1.

<sup>51</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 485 vd. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 43 N 31. İsviçre yargı kararlarında çoğunlukla, tazminatta yapılan indirimin dayanağının OR Art 43 ve 44 (TBK m 51 ve 52) hükümleri ayrılmaksızın bir bütün olarak gösterildiğine ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 43 N 88. Ayrıca bkz Tiftik (n 9) 83-84.

<sup>52</sup> Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 66; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 485.

<sup>53</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 483-484. Ayrıca bkz Kılıçoğlu (n 7) 122.

<sup>54</sup> Tazminat sadece TBK m 52/1 kapsamında değil, TBK m 51/1’e göre de tamamen kaldırılabilir (Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 492-493). Bu karşılık, hâkimi tazminatı tamamen kaldırmaya yetkili kılan OR Art 44’ün (TBK m 52) aksine OR Art 43’ün (TBK m 51) böyle uç bir çözümden söz etmediği, bu nedenle burada sadece tazminatta indirim halinin göz önünde bulundurulduğu, şimdiye kadarki yargı uygulamasında da tazminatın OR Art 43 (TBK m 51) kapsamında tamamen reddedilmiş olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 49. Aynı yönde bkz Antalya (n 9) 560; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 68, dn 27; Tiftik (n 9) 86-87, 142.

<sup>55</sup> Brehm (n 6) Art 43 N 47. Ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1887; Antalya (n 9) 560; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 63-64; Tiftik (n 9) 141. Bu anlamda TBK m 51/1, tam tazmin kuralını öngören TBK m 49 hükmünü gevşeten bir düzenlemedir (Brehm (n 6) Art 43 N 24; Tiftik (n 9) 84).

TBK m 51 ve 52 hükümleri tazminatın belirlenmesi aşamasında bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, kusurun ağırlığı da tazminatta bir indirim nedeni olarak dikkate alınabileceğinden, zarar verenin hafif kusurunun<sup>56</sup> TBK m 51/1 kapsamında bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilmesi her zaman mümkündür<sup>57</sup>. Hatta doktrindeki genel eğilime ve yargı uygulamasına göre, zarar verenin sadece hafif kusuru tazminatta bir indirim nedeni olarak dikkate alınabilir<sup>58</sup><sup>59</sup>. Ancak zarar verenin hafif kusurlu olması, her hâl ve koşulda tazminatta bir indirim yapılması sonucunu doğurmaz. Somut olaya ilişkin başkaca durumları göz önünde bulunduran hâkim, hafif kusura rağmen tazminatta indirim yapmayabilir<sup>60</sup>. Zira TBK m 51/1'in, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınabileceğini öngörmüş olması, TBK m 49/1'de öngörülen tam tazmin ilkesini bertaraf etmez. Kusur sorumluluğunda tam tazmin kuralı geçerli olup, tazminatta indirim yapılması ancak bazı özel hallerde mümkün olabilir<sup>61</sup>. Bir başka ifadeyle, zarar verenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde bir hesaplama unsuru olması, kusur ve tazminat arasında

<sup>56</sup> Esasında hafif kusur kavramı ile hafif ihmal kastedilir. Ağır kusur ise ağır ihmal ve kastı içerir (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 495; Tandoğan (n 6) 54; Tiftik (n 9) 57). Bu konuda ne kanun hükümleri arasında ne de öğretide bir terim birliği bulunmaktadır. Bu çalışmada, "kusurun ağırlığı" ve "hafif kusur" kavramlarına yer veren tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m 51 ve 52 hükümleri ile öğretideki yaygın kullanım esas alınarak hafif kusur ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>57</sup> Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Schnyder, Portmann ve Müller-Chen (n 39) N 432; Schwenzler (n 6) § 16 N 16.02; Kessler (n 6) Art 43 N 10; Brehm (n 6) Art 43 N 76; Tandoğan (n 6) 315 vd; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 276, N 133.1; Tiftik (n 9) 88, 91.

<sup>58</sup> Huguenin (n 9) N 1888, 1972; Rey (n 17) N 399; Roberto (n 22) N 32.03; Dähler (n 6) 27; Kılıçoğlu (n 7) 124; Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 132-33. Kanun, kusurun ağırlığı konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımış olmasına rağmen, doktrindeki söz konusu eğilimin tam tazmin ilkesini ön plana çıkardığına; sırf hakkaniyet esas alınarak TBK m 49/1'de öngörülen tam tazmin ilkesinin esnetilemeyeceğine, bu anlamda TBK m 51/1 hükmünün, zarar verenin sadece hafif kusurunun dikkate alınabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğine ilişkin olarak bkz Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 132 vd.

<sup>59</sup> Ağır kusur halinde tazminatta bir indirim yapılamayacağı, doktrin ve uygulamada kabul edilen baskın görüşü ifade eder (Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Roberto (n 22) N 32.01; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 507. Aksi yönde bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 73-74; Antalya (n 9) 558). Kanunda yer almamakla birlikte, doktrin ve yargı uygulaması ile kabul edilen orta kusurun (ihmalin) tazminatta indirim nedeni olarak dikkate alınıp alınmayacağı ise tartışmalıdır (Rey (n 17) N 399; Roberto (n 22) N 32.03; Schönerberger (n 9) Art 43 N 9. İndirim yapılabileceği yönünde bkz Brehm (n 6) Art 43 N 79; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 73. Ayrıca bkz Peter Gauch, Walter R. Schlup, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II* (11. Aufl., Schulthess Verlag 2020) N 2970; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 592; Tiftik (n 9) 92). Ne ağır ne de hafif ihmal olarak nitelendirilen, dolayısıyla bir ara derecelendirme olarak ortaya çıkan orta ihmal kavramı, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 1974 yılında verilen bir kararda (BGE 100 II 332) kullanılmıştır. Söz konusu olayda, Bengal işi kibrit çöplerile oynayan yaklaşık on bir yaşındaki üç çocuktan biri, yanan kibriti havaya fırlatarak bir tahıl ambarının yanmasına yol açmıştır. Federal Mahkeme söz konusu durumda ihmalin ağır ve hafif ihmal arasında olduğuna karar vermiştir (Karar için bkz Huguenin (n 9) N 1988. Kararın kısa bir değerlendirmesi için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77. Kararın tamamı için bkz <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 28.07.2023). Ayrıca bkz BGER 4C.103/2005, 01.06.2005 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 28.07.2023).

<sup>60</sup> Brehm (n 6) Art 43 N 49, 76; Weber (n 17) N 399; Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Oftinger ve Stark (n 34) § 7 N 11-12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 591; Oğuzman ve Öz (n 19) N 371; Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52 N 17; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 74-75; Antalya (n 9) 559; Tiftik (n 9) 89; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 508. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350.

Doktrinde, zarar verene ait bir sorumluluk sigortasının bulunması halinde tazminatta indirim yapılmasının isabetli olmayacağı ileri süren bir görüş bulunmaktadır (Schwenzler (n 6) § 16 N 16.02. Aynı yönde bkz Jaun (n 19) 215; Antalya (n 9) 564). Bir sorumluluk sigortasının varlığının, TBK m 51 (OR Art 43) hükmüne göre "durumun gereği" kapsamında indirim yapılmasını önleyen bir etkiye sahip olabileceği; ancak birçok olayda (kazada) sorumluların çoğunun ya sigortasının hiç bulunmadığı ya da yetersiz bir sigortaya sahip olduğuna dikkat çeken görüş için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 88a. Sorumluluk sigortasının varlığının tazminatta indirim yapılmasını engelleyen bir unsur olarak dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz Schönerberger (n 9) Art 43 N 11.

<sup>61</sup> Bu yönde bkz Brehm (n 6) Art 43 N 76; Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 133-34.

orantılı bir ilişkinin bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>62</sup>. Aksi halde, kusur sorumluluğunda denkleştirme ilkesi, tam tazminatın ancak en ağır kusur halinde olanaklı olabileceği şeklinde anlaşılacak kadar göreceli kılınmış ve tazminatın bu şekilde belirlenmesi halinde cezalandırma düşüncesi ön plana çekilmiş olurdu. Bu anlamda, zarar verenin kusurunun ağırlığı, tazminatın belirlenmesinde tek başına esas alınmaz. TBK m 51/1 hükmü sadece, durumun gereğinin ve özellikle kusurun ağırlığının, tam tazmin kuralından sapılmasını haklı gösterebileceği düşüncesine dayanır. Yoksa tek başına hafif kusurun varlığı, tazminatta kendiliğinden indirim yapılmasına yol açmaz. Zira TBK m 49/1’de öngörülen tam tazmin ilkesi, kusurun her derecesi için geçerlidir. Denkleştirme ilkesinin gereği olarak tam tazminat kural olup, bunda indirim yapılması, gerekçelendirilmesi gereken bir istisnadır. Söz konusu ilkeden sapan bir sonucun kabul edilebilmesi için, hafif kusurun yanı sıra başka sebeplerin de bulunması gerekir<sup>63</sup>. Aksi halde tazminatın belirlenmesinde çıkış noktasını zarar verenin kusurunun derecesi oluşturur ki, bu durum kusur sorumluluğunu zarar veren merkezli bir yaptırım haline getirir. Bunun, tazminatın denkleştirme işlevi ile bağdaşmayacağı ise açıktır<sup>64</sup>. Dolayısıyla, hafif kusura dayanan indirimin esasında sınırlı bir rolünün bulunduğu söylenebilir<sup>65</sup>. Aşağıda, yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının hafif kusura dayandırılmasının yerindediği bu bağlamda değerlendirilecektir.

## 2. Yaş Küçüklüğünün Hafif Kusur Olarak Değerlendirilmesi

Ayırt etme gücüne sahip ve kusurlu olduğu sabit olan küçükler bakımından TBK m 49’a göre sorumluluğun tüm koşulları gerçekleşmiş ise, bu kez küçüğün ödemekle yükümlü tutulacağı tazminat miktarının belirlenmesi gerekecektir. Bu aşamada,

<sup>62</sup> Weber (n 6) 116. Aksi yöndeki görüş için bkz Oftinger ve Stark (n 34) § 7 N 11. Yine bu kapsamda, TBK m 49/1’deki temel ilkeden TBK m 51/1 ile zarar veren lehine sapılmasının temelinde yatan düşüncelerden birinin, kusur ile kusursuzluk arasındaki kaygan sınırın olduğu belirtilmektedir. Buna göre, özellikle kusurun hiç bulunmadığı haller ile çok hafif bir ihmalin söz konusu olduğu hallerin mahkemeye birbirinden ayırt edilmesi oldukça zor olabilir. Bu durumda, bir olayda davanın reddedilmesi, bir diğerinde ise bütünüyle kabul edilmesi, hukuk duygusunu ihlal eden keskin bir seçenek oluşturmaktadır. Bu nedenle kanun, kusurun ağırlığı ile tazminat miktarı arasında dengeli bir ilişkinin göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmektedir (Brehm (n 6) Art 43 N 25a. Aynı yönde bkz Tiftik (n 9) 86, 88 vd. Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 317; Oğuzman ve Öz (n 19) N 370. TBK m 51’in (OR Art 43) ratio legis’i hakkında ayrıca bkz Jaun (n 19) 215). Tazminat yükümlülüğü ile kusurun derecesi arasında orantılılık kurma amacının çoktan aşılığında, bu anlamda kasıtlı bir davranış daha az bir zarara yol açabileceksen, hafif bir ihmalin büyük bir zarara yol açabileceğine; tazminatın cezalandırıcı bakış açısından arındırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz Vito Roberto ve Roman Schister, ‘Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund’ (2014) (4) HAVE 431, 434.

<sup>63</sup> Weber (n 6) 116-117. Aynı yönde bkz Jaun (n 19) 214-215. Aynı sonuca, tazminatta hafif kusur nedeniyle indirim yapılmasının dayanağı olan TBK m 51/1 hükmü ile hafif kusurlu tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması halinde tazminatta indirim yapılabileceğini özel olarak düzenleyen TBK m 52/2 hükmü arasındaki ilişki üzerinden de ulaşılmaktadır. Buna göre, her iki hüküm arasındaki uyum sorununun giderilebilmesi için, TBK m 51/1’e göre yapılacak indirimde hafif kusurdan başka sebeplerin de bulunması gerekir. Sadece hafif kusura dayanılarak bir indirim yapılacak ise, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de indirimi gerektirmesi şarttır. Kaldı ki, kusursuz sorumluluğun yaygınlaşıp kural halini aldığı günümüzde, zarar verenin sırf hafif kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılması isabetli değildir (Oğuzman ve Öz (n 19) N 372. Ayrıca bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 592; Tiftik (n 9) 93).

<sup>64</sup> Benzer şekilde bkz Jaun (n 19) 215.

<sup>65</sup> Weber (n 6) 116-117. Hatta daha ileriye giden bir görüşe göre, doktrinde belirtildiğinin aksine, hafif kusur nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının yargı uygulamasında neredeyse hiçbir önemi bulunmamaktadır (Roberto ve Schister (n 62) 431 vd; Roberto (n 22) N 32.03 vd).

zarar verenin çocuk olmasının doğurduğu özelliğın, bu anlamda yaş küçükliğının dikkate alınması<sup>66</sup>; TBK m 51/1'e göre tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan "kusurun ağırlığının" küçükler bakımından yaşla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>67</sup>. Nitekim Türk ve İsviçre hukuk doktrininde, sorumlunun çocuk olması halinde tazminatta yaş küçükliğı nedeniyle indirim yapılması gerektiği ve bunun dayanağının hafif kusur olduğu görüşü hakimdir<sup>68 69</sup>. Bu kapsamda, yaş küçükliğının, tazminatın belirlenmesi aşamasında

<sup>66</sup> Brehm (n 6) Art 41 N 184 vd.

<sup>67</sup> Dähler (n 6) 28. Aynı yönde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7. Ayrıca bkz Peter Breitschmid, *Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2016) Art 19 N 5. Bu yönde olmak üzere, çocukluğa ilişkin özelliklerin kusurun belirlenmesinde hesaba katılabileceğine ilişkin olarak bkz Koçhisarlıoğlu, 'Derecelendirme' (n 38) 6-7.

<sup>68</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 591; Antalya (n 9) 559; Tiftik (n 9) 91; Dähler (n 6) 27-28; Brehm (n 6) Art 43 N 77. Kusurun subjektif niteliğinden hareketle, bir yetişkinin davranışı ağır kusur oluştururken, aynı davranışın bir çocuk tarafından gerçekleştirilmesi halinde onun hafif kusurlu sayılabileceğini belirten aynı yöndeki görüş için bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 75. Yine aynı yönde bkz Kılıçoğlu (n 7) 125. Aksi yönde bkz Kılıçoğlu, 'Haksız Fiillerden Sorumluluk' (n 19) 201. Fransız hukuk düzeni, küçüklerin sorumluluğunu azaltmak yerine, onları fiilleri nedeniyle katı bir biçimde sorumlu tutmakla bu konuda farklılık arz etmektedir (Bu ve bu sistemin eleştirisi için bkz Koziol (n 2) 102 vd).

<sup>69</sup> Benzer değerlendirme, küçük yaşta olan zarar görenin ortak kusurunun tespitinde ve bu nedenle tazminatta yapılacak indirim bakımından da yapılmaktadır. Buna göre, zarar gören ayırt etme gücüne sahip bir küçük ise, onun ortak kusuru bir yetişkininkine nazaran daha hafif belirlenmelidir. Bu halde tazminatta yapılacak indirim, aynı davranışta bulunan bir yetişkinin söz konusu olduğu olaya göre daha az olmalıdır (Dähler (n 6) 29-30; Rey (n 17) N 407. Aynı yönde bkz Tandoğan (n 6) 320; Antalya (n 9) 571). İndirilmiş ayırt etme gücü kavramından hareket eden bir görüşe göre de indirilmiş ayırt etme gücüne sahip birinin ortak kusuru nedeniyle tazminatta yapılacak indirim, tam ayırt etme gücüne sahip birinin ortak kusuru nedeniyle yapılacak indirime göre daha azdır (Ofinger ve Stark (n 34) § 5 N 129. Aynı yönde bkz Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 7. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350. Bu yönde bkz BGE 102 II 363, E 6, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 30.07.2023). Bu kapsamda, ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından sadece "indirilmiş ortak kusur"dan hareket edilebileceği belirtilmektedir (Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 327). Yine aynı yönde olmak üzere, TBK m 52'ye (OR Art 44) dayanılarak bir indirim yapılabilmesi için, çocuğun ruhsal gelişiminin hesabına katılması ve ortak kusura, artan yaşla birlikte daha fazla ağırlık verilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 44 N 23. Bu kapsamda, ok ve yayla birbirini vuran dokuz yaşlardaki üç çocuktan birinin zarar gördüğü olayda İsviçre Federal Mahkemesi, zarar görenin ortak kusuru nedeniyle tazminatta %25 oranında indirim yapılmasını uygun görmüştür (BGE 104 II 184. Karar için bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26). Küçüklerde ortak kusurun daha hafif belirlendiği bir diğer Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 116 II 422, E 4 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 30.07.2023). Ayrıca bkz BGE 123 III 306, E 5b (Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 10). On üç buçuk yaşındaki bir çocuğun ortak kusurunun ağır kusur olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle davalının sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 102 II 363, E 6 (<http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 01.08.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 189). Küçüğün ağır ortak kusurunun kural olarak iliyet bağımlı kesen bir sebep olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz Dähler (n 6) 31-32.

Diğer taraftan doktrinde, trafik kazalarında doğan zararlara ilişkin yargı kararlarına dayanılarak küçüklerin ortak kusuru bakımından bazı pratik kurallar geliştirilmiştir. Buna göre, okul öncesi ve birinci sınıf öğrencisi küçükler, karayolu trafiği bakımından ayırt etme gücünden tamamen yoksun sayılmalıdır. Bunların bir trafik kazasında zarara uğraması halinde ortak kusur nedeniyle bir indirim yapılamaz. Sekiz ila on dört yaş aralığındaki küçüklerin ise indirilmiş bir ayırt etme gücüne sahip olduklarının kabulü gerekir. Bu küçüklerin ortak kusuru, ayırt etme gücünün derecesine göre daha hafif değerlendirilmelidir. Bu kategorideki küçüklerin indirilmiş ayırt etme gücüne uygun olarak, ortak kusurlarının sonuçları da hafifletilmelidir. On dört ila yirmi yaş aralığındaki gençlerin ise bu konuda kural olarak tam fiil ehliyetine sahip oldukları kabul edilmelidir. Ancak onların ortak kusuru, "gençlik durumu" dikkate alınarak yetişkinlere göre daha hafif değerlendirilmelidir (Robert Geisseler, 'Kinder im Strassenverkehr, Privatrechtliche Aspekte', *Strassenverkehrsrechts-Tagung* (1992) 35 vd (Dähler (n 6) 29' dan naklen). Bu konuda ayrıca bkz Koziol (n 2) 108. Bu kapsamda, trafikteki davranış objektif olarak ağır kusurlu sayılabilecek dokuz yaşındaki bir çocuğun kusurunun yaşı nedeniyle hafif değerlendirilmesi gerektiğine ve bu nedenle tazminatta %20 oranında indirim yapılmasına karar verilen bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 111 II 89/93 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26). Bir başka Federal Mahkeme kararında ise, aniden bisiklet yolundan ana caddeye sapan on iki yaşındaki bir bisiklet sürücüsünün bu ağır ortak kusuru nedeniyle tazminatta %50 oranında indirim yapılması uygun görülmüştür (6S.14/2006, 30.08.2006, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 02.08.2023). Bu kararda sorumluluğun yarı yarıya paylaşılmasının tatmin edici olmadığı, daha adil bir paylaşımın yapılabilmesinin mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26. Federal Mahkeme'nin bir diğer kararına konu olan olayda, kamuya açık bir caddede kızakla kayan sekiz yaşına yakın bir çocuk tramvayla çarpışmıştır. Bu olayda Yüksek Mahkeme, ortak kusur nedeniyle tazminatta %25 oranında indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (BGE 72 II 198, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2072198.pdf>, Erişim Tarihi 03.08.2023). Karşıdan karşıya geçerken bir aracı çarptığı sekiz yaşındaki kız çocuğunun ayırt etme gücüne sahip olmadığına yönelik karar için ayrıca bkz BGER 6S.107/2007, 11.6.2007 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 41 N 185).

ihmal derecesinin tespiti bakımından önemli bir rolünün bulunduğu, ayırt etme gücüne sahip olursa bile, yaş küçüklüğünün iradenin oluşumuna etki ettiği ve kusur kavramı kapsamında hafif ihmal olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>70</sup>. İsviçre yargı uygulaması da sorumlunun küçük olması halinde tam tazminata hükmetmeyip, bunda hafif kusur nedeniyle indirim yapma eğilimindedir<sup>72</sup>. Bu yöndeki düşüncenin temelinde, küçüğün altından kalkamayacağı bir tazminat borcuyla baş başa bırakılmaması gereği yatmaktadır<sup>73</sup>. Tazminat borcunu bizzat (kendi malvarlığından) ödemekle yükümlü olan ayırt etme gücüne sahip küçüğü, ömür boyu altından kalkamayacağı bir borç altına sokma tehlikesi, tam tazminat-sıfır tazminat ayırımının aşılmasına ve tazminatta bu şekilde indirim yapılması gerektiği düşüncesine yol açmıştır<sup>74</sup>.

Esasında küçüğün büyük bir tazminat borcuyla baş başa kalması, hem sorumlu küçüğün malvarlığının bulunmaması veya yetersizliği hem de anne babanın çocuk

<sup>70</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 79.

<sup>71</sup> Bu görüş kapsamında, yaş küçüklüğünün kusurun belirlenmesine etkili bir unsur olarak dikkate alınması, Türk ve kaynak İsviçre hukukunda genellikle kabul edilen objektifleştirilmiş kusur kavramına ters düşmez. Zira bu teoride, ihmal bakımından bir kişiden beklenen makul özenin ölçüsü, o kişiyle aynı durumda bulunan; aynı yaşa, cinsiyete, fiziksel koşullara sahip normal ve makul bir kişinin göstereceği özenle karşılaştırılır (Bu konuda objektif bir değerlendirmenin yapılacağı olması, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Bu konuda bkz Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 111. Ayrıca bkz Oğuzman ve Öz (n 19) N 162; Tiftik (n 9) 59). Bu anlamda bir çocuğun kusur derecesi, yine aynı yaşta bulunan, aynı koşullara sahip makul bir çocuğun göstereceği özen ile karşılaştırılarak belirlenir. Yoksa mukayese, bir yetişkinin davranışına göre yapılmaz (Bu konuda bkz Guhl ve Koller (n 33) § 24 N 40. Ayrıca bkz Arbek (n 1) 52). Bu da çoğu zaman, gösterilecek özenin ölçüsünün ve dolayısıyla ihmalin derecesinin bir yetişkininkine göre daha hafif belirleneceği anlamına gelir (Genel davranış modelini çeşitli insan kategorilerine göre belirleyen (çocuk kategorisi gibi), sadece o kişinin kendine özgü özelliklerinin değil, ancak ait olduğu insan kategorisinin özelliklerinin hesaba katılabileceğini belirterek bu yönde olduğu anlaşılabilir görüş için bkz Koçhisarlıoğlu, ‘Derecelendirme’ (n 38) 9. Yine bu yönde bkz Antalya (n 9) 78-79; Tandoğan (n 6) 53. Objektifleştirilmiş kusur kavramı hakkında ayrıca bkz Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 106 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 58 vd; Tandoğan (n 6) 50 vd; Eren ve Dönmez (n 4) m 49 N 173 vd; Hatemi ve Gökyayla (n 19) 140-141). Objektifleştirilmiş ihmalde kesin, tüm zarar verenler bakımından aynı şekilde uygulanabilecek bir ölçütün söz konusu olmadığı; bu halde gösterilecek özenin, belirli bir kategoriye ait olan zarar verenler için aynı olduğu; bu bakımdan subjektif koşulların, zarar verenin yaşının göz önünde bulundurulmasını gerekli olması ölçüsünde dikkate alınabileceğine ilişkin olarak bkz Rey (n 17) N 846-847.

<sup>72</sup> Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 12; Brehm (n 6) Art 41 N 183a. Nitekim çok hızlı kayak yapan on beş yaşındaki bir kayakçının yol açtığı zarar bakımından, genç sorumlunun hafif kusuru ile zarar gören yetişkinin ortak kusurunu birlikte göz önünde bulunduran İsviçre Federal Mahkemesi, sorumluya tazminatın sadece yarısını yüklenilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Böylece tazminatta toplam %50 oranında indirim yapılmıştır (BGE II 25, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 03.08.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77). Yine Federal Mahkeme’nin bir kararına konu olan olayda, on iki yaşındaki bir çocuk, şiddetli bir rüzgârda devrilecek olan bir yüksek gerilim direğinin vidalarını sökerek, objektif bakımdan ağır kusurlu bir davranışta bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu halde de bir yandan sorumlunun genç yaşını, diğer yandan ise zarar gören işletmenin ortak kusurunu dikkate alarak tazminat miktarında yaklaşık %85 oranında bir indirim yapmıştır (BGE 90 II 9/14. Bu ve diğer bazı kararlar için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77). Bir başka Federal Mahkeme kararında, balta kullanan ve üç yaşındaki bir kız çocuğunun elini uzatabileceğini öngöremeyen on yaşındaki bir çocuğun kusur ehliyeti kabul edilmekle birlikte, sadece hafif kusurlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır (BGE 70 II 136 E 2. Karar için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 147). Demiryolu hattındaki yasak çizgiyi geçen on üç yaşındaki bir çocuğun kusurunu, bir yetişkininkine nazaran daha hafif kabul edildiği karar için bkz BGE 66 II 197 (Karar için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 148). On bir-on iki yaş aralığındaki çocuklar bakımından tazminatta yapılan indirimin %60 oranını bulabildiğine ilişkin olarak ayrıca bkz Moreno (n 33) 440.

<sup>73</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 70. Ayrıca bkz Ünal (n 1) 69. Yine bu kapsamda, çocuk için bir yüküm oluşturacak ağır sorumluluklar bakımından, ayırt etme gücünün göreceli olduğundan yararlanılarak sorumluluk ehliyetinin geç başlatılması gerektiği (önemli işler bakımından işlem ehliyetinin geç başlatılmasında olduğu gibi) belirtilmektedir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409).

<sup>74</sup> Bu konuda bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409. Hukuki işlem ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün varlığı ve yokluğu arasında mutlak zıtlık kaçınılmaz olup, hukuki işlem ya geçerlidir ya da değildir. Buna karşılık haksız fiilin hukuki sonuçlarının, bu anlamda tazminat sorumluluğunun derecelendirilmesi gayet mümkündür. Hukuki işlem ehliyetine konu olayların tersine burada, davranışın hukuki sonucunun ya tamamen kabul edilmesi ya da tamamen reddedilmesinin mantıklı bir gerekçesi bulunmaz (Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 6-7 ve Art 19 N 347).

üzerindeki gözetim yükümlülüğü karşısında çoğu zaman pratikte bir karşılık bulmaz. Bu halde özellikle zarar gören, tazminat alacağını tamamen elde edebileceği alternatif sorumlu bulma arayışına girişecektir<sup>75</sup>. Nitekim çocuk üzerindeki gözetim görevini ihmal eden kusurlu veli (anne baba), çocuğun başkasına verdiği zararlardan TBK m 49 vd hükümlerine göre tek başına veya çocukla birlikte müteselsilen sorumlu tutulabileceği<sup>76</sup> gibi onun, kusursuz sorumluluk<sup>77</sup> hali olarak öngörülen TMK m 369'a göre ev başkanı sıfatıyla<sup>78</sup> tek başına sorumluluğu<sup>79</sup> da gündeme gelebilecektir<sup>80</sup>. Zarar gören çoğu zaman, daha elverişli olduğu için söz konusu düzenlemelere dayanarak küçüğün anne babasını sorumlu tutmayı düşünecek olmakla birlikte<sup>81</sup>,

<sup>75</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 2 HD, 2764/11656, 25.10.2017; Yargıtay 3 HD, 2316/906, 27.01.2016; Yargıtay 3 HD, 867/20305, 15.12.2015; Yargıtay 4 HD, 4661/14392, 09.12.2003 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2023).

<sup>76</sup> Hemen burada belirtelim ki, zarar gören tarafın küçük olması halinde, onu gözetmekle yükümlü kişilerin kusurunun küçüğün ortak kusuru olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Bu anlamda, gözetim yükümlülüğü olan anne baba (yasal temsilci, veli), gözetilme ihtiyacı olan küçüklerin yardımcı kişisi sayılmazlar. Dolayısıyla anne babanın gözetimde kusurunun bulunması halinde, küçüğün zarar verene karşı ileri sürdüğü tazminat talebinde bir indirim yapılamaz. Aksine bu durum, gözetimle yükümlü anne babanın zarar verene karşı ileri sürdüğü tazminat talebinde bir indirim olmasına yol açar (Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 170; Schwenzer (n 6) § 16 N 16.07; Rey (n 17) N 415-416; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 125-126. Aynı yönde bkz Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 3; Weber (n 6) 130 vd; Patrik Eichenberger, 'Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 119. Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 325; Kılıçoğlu (n 7) 133). Bu halde tazminatın müteselsil borçlu zarar veren ile anne baba arasında paylaşılmasında TBK m 62 hükmü dikkate alınacaktır (Bu konuda bkz Schwenzer (n 6) § 16 N 16.07; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 126; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 398; Karauz ve Çökkaş (n 8) 64. Ayrıca bkz Çiğdem Kırcı, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırcı (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)* (Vedat Kitapçılık 2013) 34 vd).

Anne babanın kusurunun küçüğe ortak kusur olarak yüklenemeyeceğine ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGer 4A\_206/2014, 18.09.2014, E 4.6 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 05.08.2023). Anne babanın kusuru nedeniyle çocuğun talep ettiği tazminatta indirim yapılamayacağına ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 3 HD, 6551/3478, 12.04.2022; Yargıtay 11 HD, 4590/4049, 17.06.1988; Yargıtay 4 HD, 5130/10796, 04.10.1979 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 05.08.2023). Buna karşılık Danıştay, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu bakımından, gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne babanın ortak kusurlu sayılması ve tazminat miktarının bu oranda indirilmesi görüşündedir (Bu konuda bkz Karauz ve Çökkaş (n 8) 45).

<sup>77</sup> Bu konuda bkz Tandoğan (n 6) 162-163; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 76) 395; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022) 535; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2021) 456; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 216, N 120.5; Kılıçoğlu (n 7) 420; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 485; Karauz ve Çökkaş (n 8) 53. Sorumluluğun hukuki niteliği konusunda detaylı açıklama için bkz Ünal (n 1) 73 vd.

<sup>78</sup> Anne, baba ve küçük çocuktan oluşan bir ailede ev başkanı sıfatı, velayet hakkına sahip anne ve babanın her ikisine aittir (Dural, Ögüz ve Gümüş (n 76) 389; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 215, N 120.1; Erdem ve Makaracı Başak (n 77) 484; Arbek (n 1) 63; Emine Koçano Rodoslu, 'Ev Başkanının Sorumluluğu' (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879, 885; Karauz ve Çökkaş (n 8) 50). Ancak, ev başkanının her zaman veli olmak zorunda olmadığı, bu sıfatın kanundan, sözleşmeden veya ertlen doğabilecek olması karşısında ev başkanının daha kapsamlı bir kavram olduğu belirtilmelidir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 290; Koçano Rodoslu (n 78) 884 vd; Karauz ve Çökkaş (n 8) 52). Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 165 vd; Akıntürk ve Ateş (n 77) 454 vd; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 77) 535-536. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Ünal (n 1) 48 vd ve 115 vd). Ev başkanının sorumluluğu ile velinin sorumluluğu arasındaki farklara ilişkin olarak ayrıca bkz Ünal (n 1) 22 vd.

<sup>79</sup> Tazminatı ödeyen ev başkanının, haksız fiillerinden bizzat sorumlu olan küçüğe rücu edebileceği yönündeki görüş için bkz Ünal (n 1) 146 vd; Arbek (n 1) 70; Karauz ve Çökkaş (n 8) 65. Ev başkanının sorumluluktan kurtulması halinde ise zarar gören, çocuğun küçük malvarlığıyla yetinmek zorunda kalacaktır (Bellican (n 22) 37).

<sup>80</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101, 289 vd; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409-410. Ayrıca bkz Eichenberger (n 76) 117-118; Ünal (n 1) 144-145; Akyüz (n 1) 119. Avusturya hukukunda ise, gözetim yükümlülüğü olan kişilerin (özellikle ebeveynlerin) sorumluluğu karşısında küçüklerin sorumluluğu ikincil niteliktedir (Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz Koziol (n 2) 101 vd).

<sup>81</sup> Bu konuda bkz Koziol (n 2) 104. Çoğu durumda küçüğün tazminatı karşılayacak malvarlığı olmayacağından, onun velisi olan anne babanın sorumlu tutulması, zarar gören bakımından daha elverişli olduğu gibi küçüğün de lehinedir (Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409-410. Ayrıca bkz Karauz ve Çökkaş (n 8) 63).



söz konusu düzenlemelere başvurma olanağının bulunmadığı haller bakımından yaş küçüklüğünün tazminatta bir indirim nedeni sayılması, yine de özel olarak koruması gereken küçüğün lehine olacaktır<sup>82</sup>.

Yaş küçüklüğüne dayanan hafif kusur nedeniyle tazminatta indirim yapılması gerektiği yönündeki hâkim görüş incelendiğinde, hafif kusurun genelde indirilmiş ayırt etme gücü kavramıyla açıklanıp temellendirildiği görülmektedir. Daha önce belirttiğimiz ve genellikle de kabul edildiği üzere, sorumluluğun kurulması bakımından ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin bu aşamada bir önemi bulunmaz<sup>83</sup>. Nitekim doktrinde ve yargı uygulamasında, ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin pratik öneminin, tazminatın belirlenmesi ve özellikle bunda yapılacak indirim bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Böylece, kusurun subjektif unsuru olarak kabul edilen ayırt etme gücünün derecelendirilmesi, tazminatın belirlenmesi bakımından kusurun derecelendirilmesine ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesine de etki etmektedir<sup>85</sup>. Bu anlamda, kusur derecesinin tespitinde göz önünde bulundurulabilecek pek çok unsurdan birinin de (objektif kusur kavramından hareket edilse dahi) “*indirilmiş ayırt etme gücü*” olduğu belirtilmektedir<sup>86</sup>. Dolayısıyla indirilmiş ayırt etme gücüne yol açan durumlar, TBK m 51’e göre “kusurun ağırlığı” kapsamında çözümlenmektedir<sup>87</sup>. Bu da tazminat yükümlüsü küçüğün kusurunun, tazminatın belirlenmesi aşamasında bir indirim nedeni olarak yaşla bağlantılı bir biçimde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>88</sup>. Başka bir ifadeyle indirilmiş ayırt etme gücünün, kusurun (hem zarar verenin kusurunun hem de zarar görenin ortak kusurunun) daha hafif belirlenmesine<sup>89</sup> ve ayırt etme gücünün derecesine uygun olarak tazminatın da

<sup>82</sup> Hatta küçüklerin yol açtığı zararların kamuya yüklenerek kapsamlı bir sosyal sorumluluk sigortası tarafından karşılanması önerilmeye değerdir (Bu konuda bkz Koziol (n 2) 103).

<sup>83</sup> Bkz yukarıda, I, B’deki açıklamalar.

<sup>84</sup> Dähler (n 6) 27; Rey (n 17) N 831. Bu yönde bkz Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 125-126; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7. İsviçre yargı uygulamasında da sorumlu küçük tarafından ödenecek olan tazminatın miktarı indirilerek veya küçüğün ortak kusurunun söz konusu olduğu hallerde, zarar verenin ödemekle yükümlü olduğu tazminatta indirim yapılmasına sadece sınırlı bir ölçüde izin verilerek, ayırt etme gücünün derecesi haksız fiilin sonuçları (başka bir ifadeyle tazminatın belirlenmesi) bakımından hesaba katılmaktadır (Rey (n 17) N 831 ve orada belirtilen Federal Mahkeme kararları. Ayrıca bkz yukarıda, dn 69’da ve dn 72’de yer verilen Federal Mahkeme kararları).

<sup>85</sup> Ayrıca bkz Weber (n 6) 126, dn 50; Jaun (n 19) 212.

<sup>86</sup> Jaun (n 19) 213. Aynı yönde bkz Weber (n 6) 126. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 27-28. Daha önce belirtildiği üzere, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceği hususu tartışmalı olduğundan, “indirilmiş ayırt etme gücü” doktrinde oybirliğiyle kabul edilip kullanılan bir kavram değildir. Ancak bu kavram kabul edilsin ya da edilmesin, yukarıda belirtildiği gibi doktrindeki genel eğilim, küçüklerin sorumluluğu bakımından tazminatta hafif kusur nedeniyle indirim yapılması yönündedir. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin söz konusu tartışma, sonucu itibarıyla pratik bir değer taşımamaktadır (Bu yönde olmak üzere, bu konuda ileri sürülen aksi yöndeki her iki görüşün de çocuklar bakımından daha hafif değerlendirilen kusur alanında derecelendirilmiş ayırt etme gücünü dikkate aldığına ilişkin olarak bkz Schwenzler (n 6) § 22 N 22.09. Aynı yönde bkz Schönenberger (n 9) Art 41 N 30. Yine, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin düşünce farklılıklarının, tazminatın belirlenmesi aşamasında hâkime tanınan büyük esneklik karşısında pek de pratik bir etkiye sahip olmadığına ilişkin görüş için bkz Weber (n 6) 126. Aynı yönde bkz Brehm (n 6) Art 41 N 181b).

<sup>87</sup> Moreno (n 33) 440.

<sup>88</sup> Dähler (n 6) 27-28. Ayrıca bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Breitschmid (n 67) Art 19 N 5.

<sup>89</sup> Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 92, 123 vd; Landolt (n 6) 192; Weber (n 6) 126; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7.

derecelendirilmesine yol açtığı belirtilmektedir<sup>90</sup>. Buna göre, tıpkı ceza hukukunda esas alınan indirimli ceza ehliyetinde olduğu gibi, özel hukukta da indirilmiş ayırt etme gücünün derecesinin dikkate alınabilmesi mümkündür<sup>91</sup>. Doktrinde ve yargı uygulamasında kabul edilen bu yaklaşım ile ceza sorumluluğundaki indirimli ehliyet kavramı, tazminat sorumluluğu bakımından özel hukuka da taşınmış olmaktadır<sup>92</sup>.

Yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının dayanağını hafif kusur ve bu kapsamda indirilmiş ayırt etme gücü kavramı ile açıklayan söz konusu görüş, yalın olarak kusur unsurunu temel alan bir değerlendirme yapmaktadır. Sorumlunun küçük olması halinde tazminatta indirim yapılmasının dayanağının tek başına hafif kusur ile açıklanması, aşağıda gerekçelendirileceği üzere isabetli değildir. Bu halde, yaş küçüklüğünün bağımsız bir indirim nedeni olarak TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında ele alınması daha yerinde bir dayanak olacaktır.

## **B. İndirimin Dayanağının "Durumun Gereği" Kapsamında Açıklanması Gereği**

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukuku ile kaynak İsviçre hukukunda hâkim görüş, haklı olarak yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılması gereğinden hareket etmektedir. Ancak kabul edildiği üzere, indirimin dayanağının sadece hafif kusur ile açıklanması tatmin edici bir değerlendirme olmaktan uzaktır. Sorumlunun küçük olması halinde yaştan tazminat miktarına etkisi, sırf kusur unsurundan hareket edilerek hafif kusur çerçevesinde değerlendirilemez. Zira yukarıda da belirtildiği ve genellikle kabul edildiği üzere, sırf hafif kusurun varlığı, tazminatın reddedilmesine veya bunda bir indirim yapılmasına kendiliğinden yol açmaz. TBK m 51/1 kapsamında hâkim, ancak somut durumun tüm özelliğini göz önünde bulundurduktan sonra hafif kusur nedeniyle tazminatta bir indirim yapabilecektir. Bu ise hâkimin, TBK m 51'e göre durumun tüm özelliklerini (yoksa sadece bu kapsamda yer alan kusurun ağırlığını değil<sup>93</sup>) göz önünde bulundurmasını gerektirir. Dolayısıyla yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta yapılacak indirimin tek gerekçesini hafif kusur oluşturamaz. Üstelik hafif kusurun indirilmiş ayırt etme gücü kavramı ile açıklanıp temellendirilmesi de şüpheli gözükmektedir. Çünkü TBK m 51'e göre tazminatın belirlenmesinde esas alınacak "kusurun ağırlığı", kusurun sübjektif yönünü oluşturan ayırt etme gücüne göre değil, objektif yönü olan özen yükümlülüğünün ihlalinin ağırlığına göre belirlenmelidir<sup>94</sup>. Bu anlamda indirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasının yeri ve gereği yoktur<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350.

<sup>91</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 347.

<sup>92</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289. Ayrıca bkz Weber (n 6) 126.

<sup>93</sup> TBK m 51/1'in lafzından da anlaşılacağı üzere "kusurun ağırlığı", "durumun gereği" kapsamında yer alan bir unsurdur. Kusurun ağırlığının kanunda özel olarak anılmasının, kusurun tazminattaki rolüne ilişkin tarihi gelişmeleri dayandırılabilirliğine ilişkin olarak bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 65.

<sup>94</sup> Bu yönde bkz Kessler (n 6) Art 43 N 8.

<sup>95</sup> İndirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasına gerek kalmadan, ayırt etme gücüne sahip olduğu tespit edilen çocuğun

Kanaatimizce yaş küçüklüğü, bağımsız bir indirim sebebi olarak TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında değerlendirilmelidir. İndirimin dayanağının aranacağı yer, kusurun ağırlığından çok, çocukların ve gençlerin özel durumu olmalıdır. Bize göre, yaş küçüklüğünün tazminatta bir indirim nedeni olarak kabul edilmesinin temelinde, Anayasa'da ve çeşitli uluslararası sözleşme veya belgelerde dayanağını bulan<sup>96</sup> çocuğu koruma düşüncesi yatar. Haksız fiillerinden tamamen sorumlu tutulan ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün, yetişkin bir kimseyle eş tutularak tam tazminat ödemek zorunda bırakılması, onu altından kalkamayacağı, belki de geleceğini ipotek altına alan bir yükü baş başa bırakmak demektir. Böyle bir sonuç, her şeyden önce "çocuğun üstün yararı ilkesi" ile bağdaştırılmaz. Söz konusu ilke, sorumluluk hukuku alanında da geçerli kılınabilecek bir ilkedir. Daha kapsayıcı bir ifadeyle çocuğun üstün yararı, sadece aile hukuku sınırları içerisinde değil, çocuğu ilgilendiren tüm işlem ve faaliyetler bakımından geçerli olan bir ilke olarak düşünülmelidir<sup>97</sup>. Çocuğun üstün yararı ve korunması gereği, onun ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarının belirlenmesinde yaşının küçüklüğünün bir indirim nedeni olarak dikkate alınmasını zorunlu kılar. Bu, doktrinde genellikle benimsendiği üzere kusur ve kusurun ağırlığı esas alınarak yapılmak zorunda değildir. Hatta indirimin sırf hafif kusurdan hareket edilerek yapılacağını kabul etmekle eksik bir değerlendirmeyi içeren söz konusu görüş takip edildiğinde, çocuğun korunması amacı gereği gibi yerine getirilmiş olmaz. Zira belirttiğimiz üzere tek başına hafif kusur, tazminatta mutlaka bir indirim yapılması sonucunu doğurmadığından, sorumlunun (burada küçüğün) hafif kusurlu olduğu kabul edilmesine rağmen, hâkim tazminatta bir indirim yapmayabilir. Doktrinde genellikle benimsendiği gibi, çocuğun fiili hafif kusurlu olarak nitelendirilip, tazminatın belirlenmesinde "kusurun ağırlığından" hareket edilse dahi hâkim, tazminatta indirimi haklı kılacak olayın diğer özelliklerini gerekçe göstermek durumundadır. Buradaki özellik ise, sorumlunun çocuk veya

olgunluk yaşının tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceğine ilişkin olarak bkz Huguenin (n 9) N 1996. Yine bu yönde olmak üzere, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin tartışmanın sorumluluk hukukunda büyük bir öneminin bulunmadığı, ayırt etme gücünün tam (veya indirilmiş) olup olmamasının, kusurun bir bütün olarak değerlendirilmesinde hiçbir role sahip olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre hafif kusur, indirilmiş ayırt etme gücü nedenine dayandırılabilir gibi, yaşam deneyiminin oldukça sınırlı olması veya henüz sağlam bir karakterin bulunmaması dolayısıyla da kabul edilebilir. Yeter ki tazminat hesaplanırken her iki unsur aracılığıyla (indirilmiş ayırt etme gücü ve azaltılmış kusur) tazminatta kümülatif olarak indirim yapılmasın (Brehm (n 6) Art 41 N 181b).

<sup>96</sup> Burada özellikle Anayasa'nın 2, 5 ve 41. maddeleri dayanak gösterilebilir. Çocuk hakları ve çocuğun korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler bakımından ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi özellikle anılmalıdır. Çocuk haklarının anayasal ve uluslararası düzeyde tanınmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Algan (n 1) 71 vd. Ayrıca bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 1 vd; Akyüz (n 1) 45 vd.

<sup>97</sup> Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS), çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu kuralını öngörmektedir (ÇHS m 3, Sözleşme metni için bkz <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> ve <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, Erişim Tarihi 08.08.2023). Burada çocuğun üstün yararı ilkesi tanımlanmadığından, çocuğun yararının neyi gerektirdiğinin, bu anlamda ilkenin anlam ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, Sözleşmede yer alan "faaliyetler" kapsamında, gerek tek bir çocuğu gerek grup halinde çocukları doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren tüm faaliyetlerde çocuğun üstün yararı ilkesinin öncelikle gözetilmesi gerektiği, ilkenin amacının her durumda çocuğun yararının öncelikle korunması olduğu belirtilmektedir (Bu konuda detaylı bilgi için bkz Algan (n 1) 435 vd) Çocuğun yararı kavramının, çerçevesi esnek, somut olayın özelliklerine uyarlabilir gevşek hakkaniyet kavramlarından biri olduğunu, bu kavramın özel hukukla sınırlı olmayıp kamu hukukunda da geçerli bulunduğunu, çocuğun yararının gözetilmesinin, menfaat çatışması halinde çocuğun tarafının tutulması anlamına geldiğini belirten aynı yöndeki görüş için bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 65 vd. Ayrıca bkz Akyüz (n 1) 53 vd; Algan (n 1) 447.

genç yaşta olmasıdır. Dolayısıyla sorumlu küçüğün ödeyeceği tazminatta yapılacak indirim bakımından belirleyici olan unsur yine “durumun gereği” olmaktadır. Kaldı ki, indirimin dayanağına ilişkin açıklamaların sırf “kusurun ağırlığı” unsuru etrafında toplanması, küçüğün hafif kusurunu temellendirmek için “indirilmiş ayırt etme gücü” kavramının yaratılmasında olduğu gibi kabulü tartışmalı ve karmaşık bir yola sevk etmektedir. Bu nedenle, yaş küçüklüğünün doğrudan ve bağımsız bir indirim nedeni olarak “durumun gereği” kapsamında ele alınması, daha açık ve yerinde bir dayanak oluşturmaktadır. Tazminatın belirlenmesi aşamasında “durumun gereğinin” dikkate alınacağını öngörerek hâkime geniş bir hareket alanı tanımış olan kanunun sistemi<sup>98</sup> de “yaş küçüklüğünün” bu kapsamda bağımsız bir indirim nedeni olarak kabul edilmesini desteklemektedir<sup>99</sup>. Sorumlunun ayırt etme gücüne sahip bir küçük olması halinde hâkim, yaş küçüklüğünü “durumun gereği” kapsamında resen gözeterek tazminat miktarını belirlemelidir<sup>100</sup>.

### Genel Değerlendirme ve Sonuç

Hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip olan küçükler, kusura dayanan haksız fiilleri nedeniyle yol açtıkları zararı kendi malvarlıkları ile tazmin etmekle yükümlüdürler. Küçüğün, fiili işlediği sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının tespiti bu bakımdan belirleyici bir roledir. Hukukumuzda haksız fiil ehliyeti bakımından küçüklerin hangi andan itibaren ayırt etme gücünü kazanacaklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayırt etme gücüne ilişkin bir yaş kademelenmesinin kanunla öngörülmediği hukukumuz ve kaynak İsviçre hukuku bakımından her somut duruma göre bir değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak ayırt etme gücünün tespiti bakımından küçüğün yaşı belirleyici bir unsur olarak ön plana çıktığından, bu konudaki hareket noktasını yine de yaş basamakları oluşturmaktadır. Nitekim özellikle İsviçre hukuk doktrini ve yargı uygulamasında, sistematik olmasa da bu konuda birtakım yaş basamakları kabul edilmektedir. Küçüğün ayırt etme gücünün tespiti bakımından hâkime yol gösterecek bir rehber işlevi görmesi amacıyla söz konusu yaş basamaklarından yararlanılması mümkündür. Bu yaş basamaklarının ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir ölçüt olarak esas alınması, küçüğe ilişkin somut olaya ait diğer özelliklerin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Aksine, haksız fiil ehliyeti bakımından kanunla katı bir yaş kademelenmesi öngörülmesinden farklı olarak hâkim, bir yardımcı kaynak niteliğindeki söz konusu yaş basamaklarıyla bağlı olmayacağından, somut olayın diğer özellikleri kolaylıkla göz önünde bulundurulabilecektir. Böylece hem hukuk güvenliğinin sağlanması hem de somut olay adaletinin gerçekleşmesi amacına hizmet edilmiş olur.

<sup>98</sup> Somut olaya ait bir durumun TBK m 51/1 kapsamında indirim sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini hâkim serbestçe takdir eder (Tiftik (n 9) 85, 140).

<sup>99</sup> Bu görüşte bkz Geisseler 16 (Dähler (n 6) 28, dn 63'ten naklen).

<sup>100</sup> Hâkimin, tazminat miktarına etki eden hususları resen göz önünde bulunduracağına ilişkin olarak bkz Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 275-276, N 133.

Ayırt etme gücüne sahip olduğu tespit edilen küçüğün durumu, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğması bakımından bir yetişkininkinden farklı değildir. Ne var ki tazminatın belirlenmesi aşamasında onun yaşının küçüklüğü farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Nitekim doktrinde ve yargı uygulamasında genellikle kabul edildiği üzere yaş küçüklüğü, hafif kusur nedeniyle tazminatta bir indirim nedenidir. Böylece, kanunda açıkça bir indirim nedeni olarak anılmayan yaş küçüklüğü, doktrin ve yargı uygulaması yoluyla hafif kusura dayandırılmak suretiyle bir indirim nedeni olarak görülmektedir. Sorumlu küçüğün ödeyeceği tazminatta bir indirim yapma gereğinin kendini doktrinde ve yargı uygulamasında kabul ettirmesinin arkasında, çocuğun korunmaya değer üstün yararının bulunduğu kolaylıkla söylenebilir. Böylece, çocuğun üstün yararının sorumluluk hukuku alanında bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olmasının yarattığı eksiklik, pek isabetli olarak doktrin ve yargı uygulaması yoluyla doldurulmaya çalışılmıştır<sup>101</sup>. Ancak bu yapılırken, tamamen kusur ve kusurun ağırlığı unsurundan hareket edilmesi yeterli olmamanın ötesinde isabetli değildir. Çünkü TBK m 51/1 kapsamında hafif kusur, tek başına tazminatta indirimde yol açan bir durum değildir. Bu halde tazminatta bir indirim yapılabilmesi, somut durumun diğer özelliklerinin haklı kılması durumunda mümkün olabilir. Dolayısıyla tek başına hafif kusur unsurundan hareket edilmesi, yaş küçüklüğünün her durumda tazminat miktarına etki eden bir unsur olarak göz önünde bulundurulmasını sağlamada yetersiz kalır. Kaldı ki çıkış noktasını kusurun ağırlığının oluşturması, indirim nedeni olarak kabul edilen hafif kusurun, küçüğün indirilmiş ayırt etme gücüyle açıklanmasına da yönelmiştir. Oysa TBK m 51/1’de öngörülen “kusurun ağırlığı” kapsamında bir indirim nedeni olarak değerlendirilen hafif kusur, ihmalin bir derecesini ifade etmekte olup, kusurun objektif yanını oluşturan “gösterilecek özenin derecesi” ile ilgilidir. Dolayısıyla indirimin, kusurun subjektif yanına ilişkin ayırt etme gücüne ve bunun derecesine dayandırılması yerinde değildir.

Yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılması gereği, doğrudan çocukların özel durumundan ve onların özel olarak korunması düşüncesinden ileri gelir. Tehlikelere karşı korunması gereken zayıf durumdaki çocuğun üstün yararı, onun sorumluluk hukuku alanında da gözetilmesini gerektirir. İndirimin dayanağını şüpheli kılacak tartışmalı birtakım kavramlarla hareket etmek yerine, anayasal, hatta uluslar üstü düzeyde korunmaya layık görülen çocuğun bizzat kendisinden doğan özelliğın

<sup>101</sup> Hukukumuzda olduğu gibi, ayırt etme gücüne ilişkin kanuni bir derecelendirmenin söz konusu olmadığı İsviçre hukuku bakımından, yaş küçüklüğünün bir indirim nedeni olarak değerlendirilmesinin tamamen yargı uygulamasına bırakılmış olmasının, hukuk güvenliği ve çocukların üstün yararı bakımından bir belirsizlik yarattığı ifade edilmektedir. Buna göre kanun koyucu, ayırt etme gücü ve kusurun ağırlığı bakımından yaşa ilişkin düzenlemeleri ihmal ettiği oranda yargı uygulaması, somut durumdaki tüm koşulları incelemek zorunda kalacaktır. Sadece genelleştirilmiş yaş derecelendirmelerini değil, küçüğe ilişkin pek çok somut hususu göz önünde bulundurmakla yükümlü tutulan hâkimin bu görevi tam olarak yerine getirip getiremeyeceği ise şüphelidir. Hukukten daha çok korunmayı hak eden çocuklar için sorumluluk hukuku bakımından daha kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekir. Böylece çocuklar görünüşte değil, gerçekten yaşa göre ve kendilerine ait özellikleriyle değerlendirilmiş olurlar. Yaş küçüklüğüne bağlı sistematik olmayan tazminat indirimi, ne zarar gören ne de zarar veren bakımından hukuk güvenliğini sağlayabilir (Dähler n (6) 34).

göz önünde bulundurulması, bu konuda başlı başına yeterli bir dayanak oluşturur. Bu nedenle yaş küçüklüğü, TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında bağımsız bir indirim sebebi olarak ele alınmalıdır. Tazminatın TBK m 51/1'e göre belirlenmesinde mutlaka hafif kusur unsurundan hareket edilmek isteniyor ise, indirimi haklı kılacak olayın diğer özelliklerinin de göz önünde bulundurulması ya da tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması halinde tazminatta indirimi özel olarak düzenleyen TBK m 52/2 hükmüne dayanılması gerekecektir. Ancak her iki halde de hafif kusur tek başına yeterli olmaz. İlk halde indirimi haklı kılan başkaca sebeplerin gösterilmesi, ikinci halde ise tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin tazminatta indirimi haklı göstermesi gerekir<sup>102</sup>. Yetişkinler için uygulama alanı bulabilen TBK m 52/2 hükmü, kanaatimizce çocuk sorumlular bakımından öncelikle uygulama alanı bulur. Sadece yoksulluğa düşülecek olması değil, zaten zayıf olan ekonomik durum da TBK m 52/2 hükmünün uygulanabilmesi için yeterli olmalıdır. Ancak yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirimin, yukarıda açıklanan gerekçelerle TBK m 51/1 hükmüne göre "durumun gereğine" dayandırılması; hem toplumun dezavantajlı kitlesinin bir parçası olan çocukların korunması üstün amacının tartışmasız bir dayanak olması hem de daha yalın bir yol olması itibarıyla tercihe layıktır. Aynı yorum, yaş küçüklüğü nedeniyle indirimin, TBK m 51/1 kapsamında hafif kusurun yanı sıra durumun diğer özelliklerinin haklı kılması nedenine dayandırılması bakımından da geçerlidir. Başkaca dayanak noktaları yaratmaksızın indirim, hâkimin bu konudaki geniş takdir yetkisine dayanılarak doğrudan "durumun gereği" kapsamında yapılmalıdır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

## Bibliyografya/Bibliography

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2021).

Akıpek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2021).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020).

Algan M, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1, 2* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).

<sup>102</sup> TBK m 52/2'ye göre indirim yapılabilmesinin koşulları hakkında bkz Oğuzman ve Öz (n 19) N 389 vd; Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52, N 48 vd; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 151 vd; Tiftik (n 9) 94 vd.

- Arbek Ö, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk* (Yetkin Yayınları 2007).
- Aydın Ünver T, 'Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, C. I) 233-253.
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012). (Müterafik Kusur)
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019). (Haksız Fiil)
- Bellican C, 'Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu' (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi 34-39.
- Brehm R, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl, Stämpfli Verlag 2021).
- Breitschmid P, *Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2016).
- Dähler M, 'Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 15-35.
- Demir R, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması' (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271-303.
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019).
- Eichenberger P, 'Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 113-140.
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (C. II m. 49-82)* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Komentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB- Rechts- und Handlungsfähigkeit* (2. Aufl, Stämpfli Verlag 2017).
- Fankhauser R ve Bleichenbacher A, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl, Orell Füssli Verlag, 2021).
- Gauch P, Schluep WR, Schmid J ve Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II* (11. Aufl, Schulthess Verlag 2020).
- Guhl T ve Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Aufl, Schulthess Verlag 2000).
- Hatemi H ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Vedat Kitapçılık 2011).
- Hausheer H ve Perrig-Chiello P, 'Selbstbestimmung- auch eine Frage des Alters' (2012) (148) ZBJV 773-806.
- Helvacı İ, 'Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine' (1997) 55 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145-171.
- Honsell H, Isenring B ve Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl, Schulthess Verlag 2013).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2019).

- İnan AN, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968).
- Jaun M, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2007).
- Kaneti S, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi', *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu* (Ankara, 21-22 Ekim 1977) (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980) 29-66.
- Karauz AK ve Çokkaş Y, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-74.
- Kessler MA, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022). (Aile Hukuku)
- Kılıçoğlu AM, 'Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi' (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-225. (Haksız Fiillerden Sorumluluk)
- Kılıçoğlu M, *Sorumluluk Hukuku, Cilt: I Sözleşme Dışı Sorumluluk* (1. Bası, Turhan Kitabevi 2002).
- Kırca Ç, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)* (Vedat Kitapçılık 2013) 23-51.
- Koçano Rodoslu E, 'Ev Başkanının Sorumluluğu' (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879-899.
- Koçhisarlıoğlu C, 'Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi' (2004) 53 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-17.
- Koziol H, 'Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 89-112.
- Landolt H, 'Kinder als Täter und Opfer – sozialversicherungsrechtliche Aspekte' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 190-216.
- Moreno I, 'Kürzung von Schadenersatzleistungen- zu wenig oder zu viel' (2014) (4) HAVE 437-442.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınevi 2021). (Borçlar Genel)
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Yayınevi 1996). (Maddi Tazminatın Belirlenmesi)
- Oftinger K ve Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Schulthess Verlag 1995).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2011).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2008).
- Roberto V ve Schister R, 'Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund' (2014) (4) HAVE 431-434.
- Roberto V, *Haftpflichtrecht* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2013).



- Schnyder AK, Portmann W ve Müller-Chen M, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (2. Aufl, Schulthess Verlag 2013).
- Schönenberger B, *Kurzkommentar Obligationenrecht (KUKO OR)* (1. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli Verlag 2016).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Genişletilmiş İkinci Bası, Vedat Kitapçılık 2005). (Çocuk Hukuku)
- Serozan R, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011). (Medeni Hukuk)
- Stehle B ve Reichle S, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (10. Aufl, Schulthess Verlag 2021).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).
- Tekinay SS, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1992).
- Tiftik M, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Yetkin Yayınları 1994).
- Ünal M, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979).
- Weber S, 'Reduktion von Schadenersatzleistungen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2007: Tagungsbeiträge* (Schulthess Verlag 2007) 111-133.

**Elektronik Kaynaklar:**

<https://www.bger.ch>

<https://www.servat.unibe.ch>

<https://entscheide.weblaw.ch>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>





## An Appraisal of the Extent of Business Interruption Insurance Coverage in the Context of the Covid-19 Pandemic

Melda Taşkın\*

### Abstract

Business interruption insurance covers against losses caused by an interference or interruption of business as a result of circumstances out of the hands of the policyholders, such as natural disasters, particularly fires, earthquakes, floods, or epidemic illnesses. As it is known, during the first wave of the COVID-19 pandemic, many businesses were forced to shut down operations except for online sales, caused by both the severe restrictions of the governments and also contagiousness of the virus. The business owners who could not operate for a long time and incurred a serious loss of earnings appealed to their insurers who provided coverage for business interruption losses depending on agreements that were signed before the pandemic. However, most of these applications were refused by insurers on the grounds that business interruption insurance policies provide coverage only for business interruption losses caused by physical damage. Accordingly, the extent of the business interruption insurance coverage, as well as the meaning and scope of the term “physical damage,” has been intensively discussed both in doctrine and also in court decisions after restrictions of the pandemic were lifted. On the other hand, it is a known fact that in many policies used in practice, the parties can add “extension” or “exclusion clauses” into the agreement.

This study aims to both determine the coverage possible to be included in business interruption insurance policies, by considering the general insurance terms and conditions frequently used in practice, and also to solve the matter of whether it is possible to indemnify the losses related to business interruption caused by the restrictions and interferences of the COVID-19 pandemic.

### Keywords

Business Interruption Insurance, Business Interruption Loss, Physical Damage, COVID-19 Pandemic, Extent of Business Interruption Insurance Coverage, Disease Clauses, Denial/Prevention Of Access Clauses, Public Authority Clauses, Hybrid Clauses

\* **Corresponding author:** Melda Taşkın (Assoc. Prof. Dr.), Istanbul University, Faculty Of Law, Private Law Department, Istanbul, Türkiye. E-mail: melda.taskin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-4922-2451

**To cite this article:** Taskin M, “An Appraisal of the Extent of Business Interruption Insurance Coverage in the Context of the Covid-19 Pandemic” (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 105. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.004>



### *Extended Summary*

The novel coronavirus, which was first identified in Wuhan, China, on December 1, 2019, subsequently spread to the entire world in a very short time. Following the cases reported in Europe, North America, and the Asia-Pacific region, the World Health Organization declared the virus as a pandemic on March 11, 2020.<sup>1</sup> Since the first day the virus began to spread, the pandemic affected many people in different ways, with nearly seven million people having died globally.<sup>2</sup> However, the losses caused by the coronavirus pandemic are not limited to health problems and deaths. As it is known, almost every country took a series of similar precautions and restrictions to decrease the losses which could arise from the virus. In this context, although the continuity of some exceptional services which have life-sustaining importance was maintained, especially during the periods when the spread of virus accelerated dramatically, some severe precautions were taken by the governments to decrease the speed of the pandemic. In the frame of these restrictions, legal regulations which set forth the long-term closure of most sectors began to be implemented all over the world.<sup>3</sup> Because of these restrictions, such sectors as tourism, transportation, aviation, education, automotive, and catering were unable to operate for many months. Accordingly, many entrepreneurs appealed to their insurers for the loss of revenue caused by the COVID-19 restrictions, referring to their previously signed insurance which provides coverage for business interruption losses. Business interruption insurance could be identified as an insurance agreement which provides coverage to policyholders against losses which are caused by the interference or interruption of business as a result of many factors outside of the hands of the policyholder, such as natural disasters, particularly fires, earthquakes, floods, or epidemic illnesses. However, it is important to emphasize that since nearly all of the business interruption policies provide coverage for losses which are the direct results of “physical damage,” most applications failed to be upheld. Contrary to popular belief, the coverage provided by business interruption insurance is very limited. Because of this, there have been many discussions related to the possibility of payment from insurance companies based on

<sup>1</sup> Paul E. Traynor, ‘The “Business Interruption” Insurance Coverage Conundrum: COVID-19 Presents a Challenge’ (2020-2021) 19 (1) DePaul Business & Commercial Law Journal, 65, 68.

<sup>2</sup> For detailed information see <<https://covid19.who.int/?mapFilter=deaths>> Date of Access 25 October 2022.

<sup>3</sup> For more expanded explanations, see also, Diane P. Horn and Baird Webel, *Business Interruption Insurance and COVID-19* (1st edn, Congressional Research Service 2021) 1 ff; Traynor (n1) 66 – 67; Jackson Wolf Vogel, ‘Pardon the Interruption: Obstacles to a Successful COVID-19 Business Interruption Claim’ (2021) 21 (3) Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, 251, 252 ff; Erik S. Knutsen, ‘The COVID-19 Pandemic and Insurance Coverage for Business Interruption in Canada’ (2021) 46 (2) Queen’s Law Journal (QLJ) 431, 432 ff; Christopher C. French, ‘Federal Courts’ Recalcitrance in Refusing to Certify State Law COVID-19 Business Interruption Insurance Issues’ (2021-2022) 100, Texas Law Review Online, 152, 153; Samim Ünan, ‘En Üst Derecedeki İngiliz Mahkemesi’nin Covid-19 Nedeniyle Meydana Gelen İş Durması Zararları Hakkında Verdiği 15 Ocak 2021 Tarihli Test Case Kararı (Financial Conduct Authority v. Arch and Others)’, in Bülent Sözer and Sezer İlgin (eds) *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar*, (Vedat Kitapçılık 2021) 135 ff.

losses caused by COVID-19, with many lawsuits having been filed since the early days of the pandemic.<sup>4</sup>

In standard business interruption policies which do not contain any extension clause (non-damage clauses), the main issue related to business interruption losses caused by COVID-19 restrictions is the determination of the meaning of the term “physical damage.” As it is known, most business interruption policies used frequently in practice include some clauses which extend the scope of coverage. Determining the meaning of these clauses has a vital importance to decide whether compensation of the losses related to COVID-19 restrictions is possible or not, regardless of whether these losses can be qualified as physical damage. On the other hand, it is a known fact that in many policies used in practice, the parties can add “extension” or “exclusion clauses” into the agreement.

This study aims to examine the extent of the coverage business interruption policies were responsible for as it relates to losses which arose from the COVID-19 pandemic and the subsequent restrictions, both in light of the court decisions and the general terms and conditions frequently used in practice in the insurance industry. At this point, it is also so important to emphasize that when deciding the extent of a business interruption policy, the wording of the policy is of vital importance; in many policies used in practice, the parties can add “extension” or “exclusion clauses” into the agreement. Because of this, we also aim to examine “disease,” “denial/prevention of access,” “hybrid,” and “virus exclusion clauses.”

## **I. Business Interruption Insurance in General**

### **A. Definition**

Entrepreneurs are always exposed to varying serious risks as a result of the insured premises or equipment used to operate the business, and also people who are employed to carry out the business. The losses related to business usually arise from physical damage to the premises at which the work is carried out or the bodily injuries of the workers who operate the business. On the other hand, it is always in the realm of possibility that there could be losses of revenue which arise from an interruption at the insured premises different than physical damage to the location

---

<sup>4</sup> In the early days of the COVID-19 pandemic, a “Covid-19 Coverage Litigation Tracker” was established by the Pennsylvania University Faculty of Law. According to this tracker, the number of lawsuits regarding business interruption coverage resulting from COVID-19 was 2,348 as of September 26, 2022. <<https://cclt.law.upenn.edu/>> Date of Access 10 October 2022. For detailed explanations see also, Christopher C. French, ‘Forum Shopping COVID-19 Business Interruption Insurance Claims’ (2020) University of Illinois Law Review Online, 187, 188: Similarly, in United States, in very short period, so many lawsuits related to business interruption policies have been filed. The Author says, “as of January 16, 2022, insureds have filed 2,111 COVID-19 related insurance claims in the United States courts” and especially emphasizes that the majority of cases have been resolved on behalf of the insurance companies. Mason Medeiros, ‘Physical Losses, Invisible Damages: Finding Coverage for Business Interruption Insurance Claims Sustained during the COVID-19 Pandemic’ (2022) 23 (2) Minnesota Journal of Law, Science and Technology 631, 646.

or equipment. Thus, it is possible to say that business interruption insurance, which sprung nearly 200 years ago,<sup>5</sup> was invented to cover entrepreneurs' rental income for the first time.<sup>6</sup> This is compared to property insurance, which began much earlier than business interruption insurance and only provides coverage for physical damage to the insured premises and does not cover the loss of revenue or rental income. Over time, then, it was thought that business interruption insurance could satisfy the needs of providing coverage for revenue loss which is not connected to the physical damage of property. While this kind of insurance was initially known as "use and occupancy insurance,"<sup>7</sup> in the 1930s, the term "business interruption insurance" began to be used more widely.<sup>8</sup> In the 1980s, the Insurances Service Office (ISO) began to use the term "business income insurance" to describe a new type of business interruption insurance.<sup>9</sup> Although, in practice, business interruption insurance agreements are signed under different names and in different policy forms, the most common and widespread types of this insurance are "gross earnings" and "business income insurance."<sup>10</sup>

In the frame of these explanations, business interruption insurance could be identified as an insurance agreement which provides coverage to policyholders against losses which are caused by the interference or interruption of business as a result of many factors outside of the hands of the policyholder, such as natural disasters, particularly fires, earthquakes, floods, or epidemic illnesses.<sup>11</sup> This means that with business interruption insurance, there is an aim to return the insured individual to the position they were before the occurrence of the insured risks.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Christopher C. French, 'The Aftermath of Catastrophes: Valuing Business Interruption Insurance Losses' (2014) 30 (2) Georgia State University Law Review 461,469.

<sup>6</sup> French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 469. For a historical perspective of business interruption insurance see, David A. Borghesi, 'Business Interruption Insurance-A Business Perspective' (1993) 17 (3) Nova Law Review 1147,1148 ff; Traynor, (n1) 77

<sup>7</sup> French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 469; Borghesi, (n6) 1148; Traynor, (n1) 77. See also, Clyde M. Kahler, 'Business Interruption Insurance' (1932) 161 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 77, 77: In this context, the author says that the "business interruption insurance" is used to refer to "rental insurance," "leasehold insurance," "use and occupancy insurance," and "profits and commissions insurance" collectively.

<sup>8</sup> See also, Traynor, (n1) 78; French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 469.

<sup>9</sup> French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 469.

<sup>10</sup> See also, Borghesi, (n6) 1150; French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 469; Robert E. Schultz and Edward C. Bardwell, '*Property Insurance*' (1st edn, Rinehart & Co. 1959) 340; George W. Clarke, 'Problem Claims under Business Interruption Policies' (1957) American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law Proceedings 89, 89.

<sup>11</sup> For other definitions and qualifications of business interruption insurance see also, Schultz and Bardwell (n10) 354; Horn and Webel (n3) 2; see also Borghesi (n6) 1148; Paul M. Hummer, 'Basics of Business Interruption Insurance: The Ins and Outs of Tricky Coverage' (2002) 69 (3) *Defense Counsel Journal* 307, 307; Alan G. Miller, 'Business Interruption Insurance, A Legal Primer' (1975) 24 (4) *Drake Law Review* 799, 799; Clark Schirle, 'Time Element Coverages in Business Interruption Insurance' (2007) 37 (1) *The Brief* 32, 32; Medeiros (n4) 641 ff; Paul McHugh, 'Business Interruption Insurance in the Time of COVID-19: Who Should Foot the Bill?' (2021)29 (2) *Journal of Law and Policy* 491, 492; Gürses Ö, 'The Supreme Court on Business Interruption Insurance and COVID-19: Financial Conduct Authority v Arch Insurance (UK) Ltd [2021] UKSC 1' *King's Law Journal* (2021) 32 (1) 71, 72 ff.

<sup>12</sup> For purposes of business interruption insurance, see, French, 'Forum Shopping COVID-19 Business Interruption Insurance Claims' (n4) 188; Damian Gylmn and Tobby Rogers, *Riley on Business Interruption Insurance* (11th edn, Sweet&Maxwell 2021) xi and 3; Medeiros (n4) 631 ff.

For special forms (especially for "contingent business interruption insurance") and qualifications of this insurance see also, Schultz and Bardwell (n10) 383 ff. See also, Horn and Webel (n3) 2; Schirle (n11) 37.

## B. Extent of the Coverage

To define the extent of coverage provided by business interruption insurance, the meaning of the terms “business interruption losses” and “business interruption” should first be clarified. Accordingly, “business interruption” could be defined as the “cessation of the services operated at insured premises for a specific period completely or partially.”<sup>13</sup> In this context, “business interruption losses” means the losses which arise from the cessation or interference of a business which is operated at the premises defined in the contract and in terms of the indicated in the insurance policy.<sup>14</sup>

Business interruption insurance has progressed rapidly since it first emerged. During this time, the number and types of the coverages provided with business interruption insurance have also developed.<sup>15</sup> It is also important to highlight that business interruption coverage is usually implemented as a distinct part of property allrisks insurance<sup>16</sup> and by this way in a unique property allrisks insurance policy, not only physical damages which are direct result of risks counted in the policy, but also [revenue] losses<sup>17</sup> which arise from the interruption of the regular business flow.<sup>18</sup> On the other hand, another point to emphasize about business interruption insurance is that, in practice, business interruption policies usually ensure coverage only for the losses that arise from “business interruption” caused by physical damages.<sup>19</sup> In other words, if there are no physical damages which interrupt the normal flow of business, it will not be possible to indemnify the loss of revenue caused by business interruption<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Schultz and Bardwell (n10) 354; Horn and Webel (n3) 2. Explanations about the salient elements of the insurance contract providing business interruption coverage, see, Miller (n11) 800.

<sup>14</sup> For more expanded explanations about “business interruption” and “business interruption loss” see, Schultz and Bardwell (n10) 332 ff; Hummer (n11) 311. For the meaning of the term “loss” related to business interruption insurance and for different court decisions which defines this term, see also, Traynor (n1) 79 ff; Schirle (n11) 34. For a specific evaluation about types of covid-19 based business interruption losses, see, Knutsen (n3) 434. About the meaning and calculation of loss, see, Gylmn and Rogers (n12) 8 ff.

<sup>15</sup> For a detailed evaluation of the extent of business interruption coverage see, Schultz and Bardwell (n10) 333 ff; Vogel (n3) 253 ff; Hummer (n11) 307; Miller (n11) 806 ff.

<sup>16</sup> Horn and Webel (n3) 2: In the frame of these explanations, the Author similarly says that “Business interruption (BI) insurance can be an add-on to a property insurance policy, or a stand-alone policy, covering loss of income, contingent business interruption, and possibly losses due to actions by civil authorities.” See also, Traynor (n1) 78.

<sup>17</sup> For a sample “gross profit” definition in a sample business interruption gross earning insurance policy which provides coverage for loss on gross profit based upon business interruption, see also, <<https://macafeeandedwards.com/pdf/commercial/property/Business%20Interruption-Gross%20Earnings.pdf>> Date of Access 25 October 2022. As it is defined in policy, gross profit means the amount which is acquired by deduction of expenditures counted in the policy from the incomes counted in the policy (Definitions, Para.1). On the other hand, items of “expenditures” and “incomes” are included comprehensively in the policies used in practice. See also, Schultz and Bardwell (n10) 339 ff; Gylmn and Rogers (n12)11 and 72 ff.

<sup>18</sup> See also, Borghesi (n6)1151; McHugh (n11) 492.

<sup>19</sup> About criteria – fundamentals of business interruption insurance coverage, see, Borghesi (n6) 1151; Traynor (n1) 78; Vogel (n3) 253; Hummer (n11) 307; Miller (n11) 800; Clarke (n10) 89 ff; Gylmn and Rogers (n12) 53 ff; Julian Plaza, ‘No End in Sight: Business Interruption Insurance Claims in New York after the Second COVID-19 Surge’ (2022) 47 (3) Journal of Corporation Law, 817, 822 ff.

<sup>20</sup> Traynor (n1) 78; Miller (n11) 800; Schirle (n11) 32; Knutsen (n3) 432 and 435; Gylmn and Rogers (n12) 55; Medeiros (n4) 642; McHugh (n11) 492; Gürses (n11) 72 ff.

In light of these explanations, the term of “business interruption” is usually understood in practice as the “cessation or interference occurred by physical damages at the insured premises or equipments resulted from the risks listed in the policy,” while “loss of business interruption” should be understood as limited to “the losses that follow the physical damage of insured premises or equipment.”<sup>21</sup>

On the other hand, as can be seen in common practice, some clauses which extend the scope of coverage can be added to business interruption policies under the title of “public authorities, civil authorities, prevention of access, or disease clauses.” In addition, policies can include exclusion clauses related to the risks such as disease, virus, terror, and more.<sup>22</sup>

In this context, it is necessary to take into consideration the precise wordings of policies to determine “whether the policy covers the losses of business interruption or not” and if it includes business interruption coverage, to determine the extent of business interruption coverage, if any. Since business interruption coverage is included in a property allrisks insurance policy with many other risks like machine breakdown, fires, earthquakes, and floods, it is also so important to assess the coverage of each separately and within their own clauses. In addition, “both the exclusion clauses and the clauses extends the coverage must be taken into consideration.”<sup>23</sup>

<sup>21</sup> For a sample policy, see also, <<https://www.allianz.co.uk/content/dam/onemarketing/azuk/allianzco/uk/broker/docs/policy-wording/FR0076-business-interruption-all-risks-income-from-300717-updates-010418.pdf>> Date of Access 25 October 2022. In this policy, under the title of “Definitions,” the term “business interruption” is defined as: “Loss resulting from interruption of or interference with the Business carried on by the Insured at the Premises in consequence of an Event to property used by the Insured at the Premises for the purpose of the Business.” According to this policy, the term of “event” which is used to define “business interruption” means, “Accidental loss or destruction of or damage to property used by the Insured at the Premises for the purpose of the Business.” In this way, although it is not said explicitly in the definition of “business interruption,” it should be emphasized that the term “event” which is used to define “business interruption” is restricted the coverage under the terms “Accidental loss or destruction of or damage to property.” In this way, most of the policies used in practice define the term “business interruption” as limited to “physical damage” or “property damage.”

For another similar policy, see also: <<https://axaxl.com/-/media/axaxl/files/pdfs/china/20162en.pdf>> Date of Access 26 October 2022: (“.....*Subject to all other terms of this Policy, loss resulting from interruption of or interference with the Insured’s Business in consequence of physical loss or physical damage of the type insured by this Policy at the property described below which is within the Territorial Limits shall be deemed to be loss resulting from Damage to Property Insured used by the Insured at the Premises...*”)

<sup>22</sup> For a sample policy in which business interruption loss based upon volcanic eruption and hydrometeorological risk are excluded, see also <<https://macafeeandwards.com/pdf/commercial/property/Business%20Interruption-Gross%20Earnings.pdf>> Date of Access 25 October 2022: (“..... *The actual loss sustained, resulting from the parallelization or slowing down of the operations of his business, as a consequence of the fulfilment of Fire and/or Lightning or Additional Perils contracted in sections I and/or II covering direct damage, excepting earthquake, volcanic eruption and Hydro Meteorological Perils, up to the sum insured indicated on the Policy face...*”).

For such an on-point evaluation about the effect of virus exclusion clauses on business interruption coverage see, Knutsen (n3) 440: the Author says that, “If the claim is for business interruption losses because the virus contaminated the property through infected employees or customers, and the business suffered income suspension due to that, then it probably is the case that the loss or damage resulted from a “virus” and coverage for the loss would be excluded.” On the other hand, the Author especially emphasizes that, “in the case where a civil authority restricted access to property, it could be argued that it is the government order restricting access, and not a virus, that caused the loss to the policyholder.” In the second situation, a virus exclusion clause will not prevent the indemnity of COVID-19 related losses. For more explanations on effects of virus exclusion clauses see, Medeiros (n4) 648 – 649. On the other hand, although some courts have attempted to ignore the virus exclusions in policies, it is a known fact that most of the courts reject the policyholders’ demands for indemnity on the ground of the unambiguous terms of these exclusions. For more explanations, see Mchugh (n11) 497.

<sup>23</sup> See, Hummer (n11) ff; Horn and Webel (n3) 2: As the Author alleged in the correct way, “although many policyholders who had purchased business interruption insurance submitted claims to their insurers, insurers were largely reluctant to cover COVID-related losses since particularly as many business interruption policies expressly exclude coverage for viruses and so they asserted COVID-19 pandemic are not covered.”



## II. Assessment Related to Loss of Revenue Caused by Restrictions of Covid - 19 Pandemic

### A. Determination of the Problem

After the World Health Organization declared COVID-19 as a pandemic on March 11, 2020, strict measures were taken by many governments all over the world (including Turkey) to prevent the rapid spreading of the virus. In this context, nearly all of the governments interfered with the daily lives of their citizens through their administrative regulations which set forth a series of precautions and restrictions.<sup>24</sup> For example, most governments, “forbade the foreign passengers entering into their countries from all border gates,” “closed nearly all of the businesses like restaurants, hotels, bars etc. except the takeaway services,” and during the periods of rapid spreading of the virus, governments ordered lockdown and travel prohibitions for both inner and intercity, except in limited circumstances.<sup>25</sup> These restrictions, were moderated to determine whether the spreading of the virus decreased and continued for years in various intensities. It is important to highlight that even the businesses which were not closed, like hotels and restaurants, since the first day of the restrictions, it was not possible for these businesses to operate except through online sales and home delivery services. For example, although there was no regulation for the mandatory closure for hotels in Turkey,<sup>26</sup> there was a serious decrease in the number of hotel customers. In turn, the income of hotels decreased dramatically because of both fear of the contagiousness of the virus and the travel prohibitions which were in place. During these periods, the entrepreneurs who were not able to operate their services because of restrictions appealed to their insurer based on the insurance agreements. However, most of these applications have been refused by insurance companies since the losses of business interruption were not related to a physical damage, which means it was not covered by the policies. Likewise, policyholders filed lawsuits against the insurance companies with the aim of compensating their business interruption losses.

In this context, to decide whether policyholders which were not able to operate their businesses because of COVID-19 restrictions have the chance to receive compensation for their losses from the insurance companies, it is necessary to first define the scope

---

<sup>24</sup> For general explanations about effects of covid-19 over daily lives of people and insurance market, see, Horn and Webel (n3) 1; Medeiros (n4) 634 ff; Plaza (n19) 819 ff.

<sup>25</sup> See also, Horn and Webel (n3) 1 ff.

<sup>26</sup> For a sample regulation ordered by the Governorship of Istanbul which explicitly sets forth that the hotels in Turkey are not subject to COVID-19 restrictions see, <[http://www.istanbul.gov.tr/kurumlar/istanbul.gov.tr/PDF/il\\_Hifzissihha\\_Mecelis\\_Karari\\_No\\_114.pdf](http://www.istanbul.gov.tr/kurumlar/istanbul.gov.tr/PDF/il_Hifzissihha_Mecelis_Karari_No_114.pdf)> Date of Access 14 November 2022.

Similarly, the author also notes about increases in online sales during the COVID-19 pandemic and especially underlines the necessity for taking into consideration the increase of online sales. For detailed information about calculation of loss, see also, Gylmn and Rogers (n12) 71 ff.

of each relevant insurance policy.<sup>27</sup> As stated above, in practice, business interruption coverage is provided as a part of property allrisks insurance agreements and this agreement usually includes provisions which set forth that the policy includes only the business interruption losses occurred as a result of physical damage. In fact, the ground which allows insurance companies to refute policyholders' applications are based upon this reason, which is the key issue of these suits. Within this context, although there is no doubt that the COVID-19 restrictions prevented the operations of many businesses, the insurance companies alleged that business interruption losses were not covered by the policies since revenue losses caused by the virus anywhere not related to physical damage of the insured premises or equipment. In this way, they refused the compensation demands because of lack of "physical damage."

These developments led to an eventual discussion over the meaning and scope of "physical damages" in insurance law. Many policyholders alleged that, "These losses could be qualified as physical damage." However, they also asserted that "even if the business interruption losses were not accepted as a physical damage by the court, the clauses in the business interruption policies like 'public authorities clause,' 'prevention of access clause,' 'denial of access,' or 'disease clauses' could make the indemnity of COVID-19 losses possible."

In the frame of these explanations, to determine whether it is possible or not to indemnify the loss of revenue caused by COVID-19 restrictions, the policy wording is of vital importance. In this context, the meaning of "physical damage" will first be defined, before the clauses which extend the scope of insurance coverage are elucidated in following sections.<sup>28</sup>

## B. Extent of "Physical damage"

In insurance law, "property / physical damage"<sup>29</sup> refers to the damage which occurs as a result of loss of the advantages provided through the utilization of a property or a right.<sup>30</sup> In this context, this refers not only the damages which are visible or have tactility, but also to such damages as: "loss of customers, losing the utilization possibility of mobiles or immobiles," and "damages caused by cessation

<sup>27</sup> Borghesi (n6)1152: In the frame of these explanations, the author emphasizes that "coverage would be dictated by the specifics of the insurance policy" and on the other hand, "since larger businesses usually have a stronger negotiating position, they have chance to work with insurance companies directly or through insurance brokers and can have manuscript policies which offer broader coverage." However, in practice, smaller businesses have insurance policies directly from the sales team of an insurance company or through independent insurance agents, which are usually standard forms issued by insurance companies and provide more limited coverage.

<sup>28</sup> Most of the courts examined the lawsuits related to business interruption insurance in two different perspectives: the courts at first, enquired "whether the loss of the use is physical damage or not" and as a second point the effect of virus exclusion clause. For more information see, Medeiros (n4) 647 ff.

<sup>29</sup> See, Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (1st edn, Beta 2008) 34. For detailed information about the term "damage" and "physical damage" in English Law, see, Gylmn and Rogers (n12)180; Medeiros (n4) 651.

<sup>30</sup> Samim Ünán, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko* (1st edn, Beta 1998) 78.

of the production.”<sup>31</sup> Within the context of business interruption agreements, the meaning of physical damage has been discussed intensively, and although courts have occasionally given inconsistent verdicts related to this issue, it must be highlighted that there are many decisions which have interpreted the scope of these terms in a wide manner. For example, a decision which was held by American Federal District Court has been given great importance in the context of “the meaning of physical damage.” In this lawsuit, the Court examined whether “the existence of the bacteria E.coli found in the well used to procure the water of insured house” qualified as a physical damage or not. The Court’s final ruling set forth that: “*While the bacteria allegedly made the house uninhabitable, there is a genuine issue of fact whether the functionality of the Plaintiffs’ property was nearly eliminated or destroyed, or whether their property was made useless or uninhabitable.*”<sup>32</sup> In a similar way, there are other decisions held by American courts which set forth that ammonia,<sup>33</sup> carbon dioxide,<sup>34</sup> or smoke,<sup>35</sup> which surrounded the insured property and was difficult to remove, would make the insured property useless and unreliable, and so “it is possible to admit there is a ‘physical damage’ even if there is no physical alteration at the insured property.”<sup>36</sup>

Another important decision which can provide guidance for the issue of whether losses related to COVID-19 constitute physical damage was also provided by the American (West) District Court in the recent past.<sup>37</sup> The Plaintiffs in this case were: Studio 417, Inc. (“Studio 417”), Grand Street Dining, LLC (“Grand Street”), GSD Lenexa, LLC (“GSD”), Trezomare Operating Company, LLC (“Trezomare”), and V’s Restaurant, Inc. (“V’s Restaurant”) (collectively, the “Plaintiffs”). As explained in the decision: “Studio 417 operates hair salons in the Springfield, Missouri, metropolitan area. Grand Street, GSD, Trezomare, and V’s Restaurant own and operate full-service dining restaurants in the Kansas City metropolitan area.” It was emphasized that all of the Plaintiffs had serious loss of revenue because of a business interruption caused by COVID-19 restrictions.

<sup>31</sup> Ünán, (n30) 78. For a detailed evaluation about the scope of “direct physical loss or damage” see, also Knutsen (n3) 439.

<sup>32</sup> *Motorists Mut. Ins. Co. v. Hardinger*, 131 F. App’x 823, 826-27 (3d Cir. 2005). To see full text, <<https://casetext.com/case/travco-insurance-company-v-ward/analysis?citingPage=1&sort=relevance>> Date of Access 10 October 2022. For other similar court decisions and detailed explanations about physical damage, see also, McHugh (n11) 495 ff.

<sup>33</sup> *Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am.*, No. 2:12-cv-04418, 2014 WL 6675934, at \*6 (D.N.J. Nov. 25, 2014). To see full text, <<https://casetext.com/case/gregory-packaging/analysis?sort=relevance&citingPage=1>> Date of Access 11 December 2022.

<sup>34</sup> *Matzner v. Seaco Ins. Co.*, No. 96-0498-B, 1998 WL 566658, at \*3 (Mass. Super. Aug. 12, 1998). For full-text, see, <<https://casetext.com/case/matzner-v-seaco-insurance-company>> Date of Access 11 December 2022.

<sup>35</sup> *Oregon Shakespeare Festival Ass’n v. Great Am. Ins. Co.*, No. 1:15-cv-01932-CL, 2016 WL 3267247, at \*7-8 (D. Or. June 7, 2016). For full text, <<https://casetext.com/case/nue-llc-v-or-mut-ins-co-1>> Date of Access 10 December 2022.

<sup>36</sup> For different court decisions and detailed information see also, Vogel (n3) 256.

<sup>37</sup> *Studio 417, Inc., et al. vs The Cincinnati Insurance Company*. In The United States District Court For The Western District Of Missouri Southern Division, Case No. 20-cv-03127-SRB. For full-text, <<https://casetext.com/case/studio-417-inc-v-cincinnati-ins-co>> Date of Access 11 November 2022.

About this decision and another similar ones, see, Vogel (n3) 257; Medeiros (n4) 648 ff.

The policies which are the subject of these decisions include the same wording and all of these policies are “property all risks policies” which provide “Building and Personal Property Coverage” and “Business Income (and Extra Expense)” coverage. On the other hand, the policies also include a specific clause which excludes the indemnity demands based on virus.<sup>38</sup> These policies, which also ensure coverage for loss of business income, include the clause which states that it would “pay for the actual loss of ‘Business Income’ . . . due to the necessary ‘suspension’ of your ‘operations’ during the ‘period of restoration.’ The suspension must be caused by direct ‘loss’ to property at a ‘premises’ caused by or resulting from any covered cause of loss.”<sup>39</sup> According to this clause, it is agreed in the policies that the insurer would ensure business income coverage as long as the loss of income was caused by or resulted from a direct loss or damage to the insured premises.<sup>40</sup> Another important point about these insurance policies is there are no provisions which define what is meant by “physical loss” or “physical damage.”

The Plaintiffs’ main argument is the “existence of physical damage” although there is no physical alteration. In this way, they alleged that, “*it is likely that customers, employees, and/or other visitors to the insured properties were infected with COVID-19 and thereby infected the insured properties with the virus*” and so that “*COVID-19 “is a physical substance,” that it “live[s] on” and is “active on inert physical surfaces,” and is “emitted into the air.”*” The Plaintiffs further alleged that the presence of COVID-19 “renders physical property in their vicinity unsafe and unusable,” and that they “were forced to suspend or reduce business at their covered premises.” According to these allegations, “*the presence of COVID-19 and the Closure Orders caused a direct physical loss or direct physical damage to their premises by denying use of and damaging the covered property, and by causing a necessary suspension of operations during a period of restoration.*” In response to this, the insurance companies asserted that the policies provide coverage only for business interruption damages related to the physical damage of insured premises. On the other hand, according to a Defendant Insurer, “*Direct physical loss requires actual, tangible, permanent, physical alteration of property.*” They further state that “*the Policies provide property insurance coverage, and “are designed to indemnify*

<sup>38</sup> See also, Horn and Webel (n3) : As the Authors especially emphasize “Viruses and infectious diseases are generally not designated perils in a standard policy, although all-risks coverage might include COVID-19”; Traynor (n1) 87. About all risks and specified-named perils coverage and detailed information related to all risks insurance see, Gylmn and Rogers (n12) 19 ff; Plaza (n19) 821.

<sup>39</sup> For detailed information, see, explanations under the title of “Background”, *Studio 417, Inc., et al. vs The Cincinnati Insurance Company*, In The United States District Court For The Western District Of Missouri Southern Division, Case No. 20-cv-03127-SRB.

<sup>40</sup> As will be mentioned in the next chapters, these policies also include civil authority and any other clauses. For a wide extended analysis of this decision, see, Vogel (n3) 263 ff.

*loss or damage to property, such as in the case of a fire or storm but on the contrary the Plaintiffs' claimed covid-19 does not damage property; it hurts people.”*<sup>41</sup>

In the context of these claims, the Court grounded its decision on the main principles of interpretation.<sup>42</sup> According to the Court, “*Policy terms are given the meaning which would be attached by an ordinary person of average understanding if purchasing insurance.*” As a result of this principle, if there is hesitation about the meaning of a clause or a term in policy, these clauses or terms must be interpreted on behalf of the policyholder and when these terms or clauses are interpreted, the lexical meaning<sup>43</sup> of the term must be taken into consideration. In this context, the Court reached the conclusion that “physical alteration is not necessary to admit existence of a physical damage,”<sup>44</sup> and “*if the insured premises is useless and uninhabitable, even absence of a physical alteration, a physical loss may occur when the property is uninhabitable or unusable for its intended purpose.*”<sup>45</sup> In other words, the Court accepted the Plaintiffs’ allegations. In this decision, The Court also emphasized that the term “loss” is different from “damage,” which makes it distinct from structural damages.<sup>46</sup>

On the other hand, it is necessary to underline that the decision of “*Studio 417, Inc., et al. vs The Cincinnati Insurance Company*” is not the only decision in which the issue of whether the business interruption losses caused by COVID-19 constitute a physical damage or not. This issue has also been discussed, with several lawsuits filed, in the United Kingdom since the first periods of the pandemic. Within this context, it will be beneficial to examine a similar decision which was held by United Kingdom Supreme Court. In the lawsuit filed by FCA (“*Financial Conduct*

<sup>41</sup> For detailed information, see, explanations under the title of “Discussion: A. Plaintiffs Have Adequately Alleged a Direct “Physical Loss” Under the Policies”, *Studio 417, Inc., et al. vs The Cincinnati Insurance Company*, In The United States District Court For The Western District Of Missouri Southern Division, Case No. 20-cv-03127-SRB.

<sup>42</sup> See also, Hummer (n11) 307-314: The Author especially highlights the importance of interpretation of the terms, language, coverage and exclusions of policy. In the same direction, see, Knutsen (n3) 438. For a detailed assessment related to interpretation of policy language before covid-19 pandemia, see, French, *The Aftermath of Catastrophes* (n5) 472 ff.

<sup>43</sup> In this context the Court refers to the definitions of the terms “physical” and “loss” in The Merriam-Webster Dictionary. According to this dictionary, the term “physical” is defined as “having material existence: perceptible especially through the senses;” “loss” is defined in such a wide manner, as “the act of losing possession” and “deprivation.” For a critique of the courts which used dictionary definitions to determine the meaning of some insurance terms: See, Knutsen (n3) 439-440: Although some courts similarly think that dictionaries may be helpful to determine the meaning of some terms, the author alleges that dictionary use is highly problematic. Because, according to the author, firstly, a “dictionary is a separate document and not stapled to the insurance policy. On the other hand, a dictionary is for non-insurance purposes and people do not talk or think in the same terms as the dictionary.”

<sup>44</sup> The Court based its decision, which says physical alteration is not necessary to admit the existence of a physical damage, on a few outdated decisions. One of these old-dated decisions is “*Mehl v. The Travelers Home & Marine Ins. Co., Case No. 16-CV-1325-CDP (E.D. Mo. May 2, 2018)*.” In this case, the Plaintiff, who had to leave his house because of spider invasion, appealed to the insurer based upon the insurance agreement they concluded before. However, the insurer rejected this application on the grounds that there was not any physical damage.

<sup>45</sup> Horn and Weibel (n3) 1 ff: According to the authors, although property insurance policies stipulate direct physical loss or damage to tangible property in principle, if a business becomes physically contaminated and uninhabitable because of coronavirus, this could be a basis to claim physical loss.

<sup>46</sup> See also, Knutsen (n3) 439: Similarly, the author especially emphasizes that after contamination with COVID-19, although the insured property still stands, during the contamination period, the property is dangerous and the policyholder loses the use of property.

*Authority*”) on behalf of policyholders, the Supreme Court examined eight different insurance policies which include business interruption coverage, and finally arriving at a conclusion in support of the policyholders’ from different perspectives.<sup>47</sup> The Court especially emphasized that business interruption insurance is an extension of property insurance going back to when this kind of insurance coverage was first implemented<sup>48</sup> and decided that in the presence of clauses which extends the scope of insurance coverage, the insurer has to pay indemnity for the business interruption losses caused by COVID-19, even if there is no physical alteration.<sup>49</sup>

Related to business interruption losses which occurred as a result of COVID-19, another important decision is “*Tkc London Ltd. v Allianz Insurance Plc*,” which was held by the High Court of England on October 15, 2020.<sup>50</sup> In this case, the High Court decided on behalf of the insurance company, different than the decision of the FCA Test Case.<sup>51</sup> As it is understood from the ruling, the Plaintiff is TKC London Ltd., which operates a cafe-restaurant in London. Before the coronavirus pandemic, Defendant Allianz Insurance Plc issued a “commercial select” policy on behalf of TKC London. In the policy, there is also a section related to business interruption losses under the title of “business interruption all risks estimated revenue (Business Interruption Section).” Although TKC London has appealed the Insurance Company to indemnify the business interruption losses related to COVID-19 restrictions, the insurance company rejected this request, since the policy provides coverage only for business interruption losses which occur as result of physical damages.

In this decision, the Court also referred to the FCA Test Case and pointed out an important difference between the policies subject to these two lawsuits. According to this, while the policy issued by the defendant Allianz Insurance includes standard business interruption coverage, the policies subject to the FCA Test Case include such

<sup>47</sup> This judgment began on June 6, 2020 and was determined by the United Kingdom High Court on September 15, 2020. After that, parties appealed to United Kingdom Supreme Court directly against this decision, which was concluded on January 15, 2021. For detailed information see also, Ünán, Financial Conduct Authority v. Arch and Others (n3) 138. See also, Gürses (n11) 72.

<sup>48</sup> “.....The reference to “damage” is inapposite to business interruption cover which does not depend on physical damage to insured property such as the cover with which these appeals are concerned. It reflects the fact that the historical evolution of business interruption cover was as an extension to property damage insurance. It was held by the court below, and is now common ground, that for the purposes of the business interruption cover which is the subject of these appeals, the term “damage” should be read as referring to the insured peril.....” (*The Financial Conduct Authority and others v Arch Insurance and others- United Kingdom Supreme Court Judgment, para 257*). For the full text of this decision, see <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0177-judgment.pdf>> Date of Access 11 December 2022.

<sup>49</sup> For a detailed appraisal of this decision, see, Ünán, Financial Conduct Authority v. Arch and Others (n3) 135-185.

<sup>50</sup> *Tkc London Ltd. v Allianz Insurance Plc*, In The High Court Of Justice Claim No CL-2020-000219 Business And Property Courts Of England And Walescommercial Court (QBD), 15 October 2020.

<sup>51</sup> *The Financial Conduct Authority (FCA) vs. Arch Insurance and others*”, 16.10.2020, FL-2020-000018, (in the High Court Of Justice Business And Property Courts Commercial Court (QBD) Financial List Financial Markets Test Case)

clauses as disease or prevention of access clauses.<sup>52</sup> In this context, the Court examined the policy wording meticulously and determined that there is not any clause which provides coverage for business interruption losses caused by COVID-19 restrictions in the policy. They examined the term “event” used in the policy to describe the terms “business interruption”<sup>53</sup> and “business interruption loss.” In the frame of these explanations, it must be especially underlined that in this lawsuit the Court did not pay attention to the Plaintiffs’ allegation related to the possible broader interpretation of coverages and terms.<sup>54</sup>

### C. Assessment in the frame of “Extension Clauses”

In standard business interruption policies which do not contain any extension clause (non-damage clauses), the main issue related to business interruption losses caused by COVID-19 restrictions is the determination of the meaning of the term “physical damage.” As it is known, most business interruption policies used frequently in practice include some clauses which extend the scope of coverage. Determining the meaning of these clauses has a vital importance to decide whether compensation of the losses related to COVID-19 restrictions is possible or not, regardless of whether these losses can be qualified as physical damage. In the lawsuits filed recently related to this issue, courts examined these kinds of clauses meticulously and took into consideration the meaning of such extension clauses to reach a conclusion. Thus, in *“The Financial Conduct Authority (FCA) vs. Arch Insurance and others,”* in which all of these extension clauses were examined at a broad scope, an important part of the decision was allocated to this matter.<sup>55</sup> At first, the Court decided in a similar

<sup>52</sup> The Court explained this with these sentences: “...In the recent *Financial List* test case, *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance (UK) Ltd and others*[2] (“the FCA test case”), the court was asked to “construe a number of wordings which contain non-damage ‘extensions’ to the ‘standard’ Business Interruption cover provided by the relevant insurers .. to which the FCA refers as ‘disease clauses’”[3]. The Policy relied on by TKC in the present case does not contain any such ‘disease clause’ extension. Although the sums at stake in the present action are, by the standards of the Commercial Court, comparatively modest, the Policy is largely in Allianz’s standard form of policy wording. The decision in the present case may therefore be of consequence for other potential claimants.....” (Para 3)

<sup>53</sup> As it is understood from the decision, according to the policy, “business interruption” is defined as, “Loss resulting from interruption of or interference with the Business carried on by the Insured at the Premises in consequence of an event to property used by the Insured at the Premises for the purpose of the Business.” Although it is not obvious from this definition of business interruption that property damages is necessary for business interruption coverage, it can be understood easily when this definition is read with the definition of “event.” This is because the policy defines “event” as, “Accidental loss or destruction of or damage to property used by the Insured at the Premises for the purpose of the Business...” For comprehensive explanations related to the policy in TKC London case, see also para 11 ff.

In the frame of these definitions, the Court submitted the pleas of the defendant which exactly says that, an “event” for the purpose of business interruption section of this policy can include at least one of these situations: “loss of property,” “destruction of property,” or/ and “damage to property,” and so, “definition of an “Event” is referring to physical matters, and that the word “loss” in this context is therefore referring to physical loss – that is, some commercially harmful change in the physical state of the property concerned.” (Para 26)

<sup>54</sup> The Plaintiff TKC asserted that, “the court should seek to construe the Policy so far as possible to provide cover against all of the risks faced by the insured, and should not give it a narrow or technical construction.” The Plaintiff also added an allegation which is similar to the assertion in the FCA Test case. As it is expressed by TKC, “If Allianz wished to exclude certain risks, it was open to them to do so clearly and expressly. If they did not do so, then there should be a practical presumption that “all risks” were indeed covered.” (Para 59-60)

<sup>55</sup> For full text, see, <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0177-judgment.pdf>> Date of Access 10 October 2022.

fashion as the former decisions that the business interruption losses which resulted from COVID-19 could not be qualified as “physical damage” and then examined the effect of extension clauses to the insurers’ obligation of indemnity by looking at the extension clauses in the sample policies.<sup>56</sup>

The Court classified these clauses into three different groups, as “disease clauses,” “prevention / denial of access clauses,” and “trend clauses,” and discussed all of these separately and comprehensively.<sup>57</sup>

## 1. Disease Clauses

In the decision of “*The Financial Conduct Authority (FCA) vs. Arch Insurance and others*,” the first extension clause examined by the Supreme Court is “disease clause” which extends the scope of business interruption coverage by providing coverage for the business interruption losses which occurred as result of an infectious disease.<sup>58</sup>

As can be understood from the whole extent of the decision, the Court examined all eight policies separately and reached different results for each policy by taking into consideration wording of each one.<sup>59</sup> In the end, the Court primarily determined that if a policy includes a disease clause, in principal, it also covers losses of business interruption caused by an infectious disease, and the insurer will be under obligation to indemnity, even if there is no physical damage.

In this context, the Court first examined the disease clause of policy titled RSA3. According to the explanations of the Court, the first part of this policy does in fact include a standard business interruption coverage that only covers losses which arise from physical loss or destruction of or damage to properties. However, a series of extension clauses which constitute business interruption coverage regardless of the existence of physical damage to the insured premises are added into the second part of the policy. One of these clauses is the “Notifiable Disease Clause.” This clause exactly sets forth that, “*insurer provide indemnity for the business interruption losses*

<sup>56</sup> At the first section of the decision, the Court emphasized that the main matter of this case is the clauses which extend the coverage and then examined these clauses under four different titles: “disease clauses,” “hybrid clauses,” “prevention of access clauses,” and “trend clauses.” See also, Gürses (n11) 73.

<sup>57</sup> For detailed information about extension clauses in business interruption insurance see, Gylmn and Rogers (n12) 100 ff. See also, Gürses (n11) 74 ff.

<sup>58</sup> Just before disease clauses in the policies subject matter of the lawsuit, the disease clause is defined as, a clause “*which, in general, provide cover for business interruption losses resulting from the occurrence of a notifiable disease, such as COVID-19, at or within a specified distance of the business premises*” (Para 4,i). For a detailed appraisal about disease clauses, in the frame of United Kingdom Supreme Court’s this decision dated 15.01.2021 - Test Case (FCA V. Arch and others), see also, Ünan, Financial Conduct Authority v. Arch and Others (n3)139 ff.

<sup>59</sup> See also, Borghesi (n6) 1151: the author similarly says, “With respect to a covered peril, each policy must be viewed for its specific language.” In the same direction see, Knutsen (n3) 438. For a critique to courts about this issue, See also, Christopher C. French, ‘Federal Courts’ Recalcitrance in Refusing to Certify State Law COVID-19 Business Interruption Insurance Issues’ (2021-2022) 100 Texas Law Review Online, 100, 152,154: The author alleges that the policy language has never been interpreted in the context of a pandemic by any state supreme court and “the meaning of policy language in the COVID-19 context presents novel law questions.”



arise from “occurrence of a Notifiable Disease (as defined below) at the Premises or attributable to food or drink supplied from the Premises” or “occurrence of a Notifiable Disease within a radius of 25 miles of the Premises.”<sup>60</sup>

The first inference of the Court is that since the coronavirus has the ability to spread rapidly throughout wide areas, like cholera, plague, typhus, yellow fever and SARS it could be qualified as a “notifiable disease.”<sup>61</sup> Notwithstanding, according to the Court, although disease clauses provide coverage for business interruption losses regardless of physical damages to the insured premises in principal, the other clauses and the whole wording of the policy must be taken into consideration accurately. For example, the disease clause of RSA3 stipulates “occurrence of a Notifiable Disease within a radius of 25 miles of the Premises.” So in the frame of this policy, the existence of a notifiable disease will not be sufficient to cover the business interruption losses which occurred as result of this disease; the distance condition (“the condition of 25 miles”) must also be met. In other words, according to the Court, if the notifiable disease either occurs out of the insured premises or out of the bounds written in policy (in this policy “25 miles”), the policyholder cannot claim indemnity for business interruption losses caused by the disease.<sup>62</sup>

Another important point that should be highlighted is that the Court has interpreted the term “notifiable disease” written in RSA3 in such a wide manner and on behalf of policyholders. Within this context, the Court carried out an evaluation in the frame of the definition of “notifiable disease” which says, “Notifiable Disease shall mean illness sustained by any person resulting from any human infectious or human contagious disease...” In the end, the Court decided that “*it is not necessary for the*

<sup>60</sup> The whole of the clause is that: “We shall indemnify You in respect of interruption or interference with the Business during the Indemnity Period following:

a. any

i. occurrence of a Notifiable Disease (as defined below) at the Premises or attributable to food or drink supplied from the Premises;

ii. discovery of an organism at the Premises likely to result in the occurrence of a Notifiable Disease;

iii. occurrence of a Notifiable Disease within a radius of 25 miles of the Premises

.....”

According to the policy the term “notifiable disease” means “Notifiable Disease shall mean illness sustained by any person resulting from:

i. food or drink poisoning; or

ii. any human infectious or human contagious disease excluding Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS) or an AIDS related condition an outbreak of which the competent local authority has stipulated shall be notified to them.”

<sup>61</sup> In this context the Court, refers to the provisions in Regulation dated 2010, and since this is an open-ended regulation, it decided that COVID-19 can be admitted as a notifiable disease. (Para 57: “...The court noted that the list of notifiable diseases in Schedule 1 to the 2010 Regulations includes diseases such as cholera, plague, typhus, yellow fever and SARS which are capable of spreading rapidly and widely. The list is also open-ended in that if at any time a new disease emerges as a threat to public health, it may be added to the list, as COVID-19 has been.....”) To see this Regulation the Court refers to in the decision, see, <<https://www.gov.uk/guidance/notifiable-diseases-and-causative-organisms-how-to-report>> Date of Access 10 September 2021.

For a detailed explanation about 2002 SARS outbreak and its lasting effects on business interruption insurance, see Mchugh (n11) ff.

<sup>62</sup> “...On the correct interpretation of all the relevant clauses, they cover only relevant effects of cases of COVID-19 that occur at or within a specified radius of the insured premises. They do not cover effects of cases of COVID-19 that occur outside that geographical area....” (“UKSC - The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others” para 95)

*person concerned to have been diagnosed as having the disease or to have manifested symptoms of illness.*” On the other hand, according to the Court “it is sufficient that the person should in fact have contracted the disease, whether or not the disease is symptomatic or has been diagnosed.”<sup>63</sup>

## 2. Prevention / Denial of Access Clauses and Hybrid Clauses

The other extension clauses examined related to losses following the COVID-19 restrictions in the FCA Test Case are the “prevention /denial of access” and “hybrid” clauses. The Court discussed these clauses under the same section and defined both of them to be roughly in the entry section. According to this, while “prevention of access clauses”<sup>64</sup> generally aim the indemnity of the business interruption losses caused by intervention of public authorities,<sup>65</sup> “hybrid” clauses include both the elements of disease clauses and prevention of access clauses.<sup>66</sup>

The Court examined different many policies which are issued by different insurance companies under the section of “Prevention of Access Clauses and Hybrid Clauses.” In this context, a very important point the Court emphasized was the “legal characteristic of the restrictions which make implementation of prevention of access clauses possible.” The Supreme Court detected the meaning of the expression “restrictions imposed” and reached a different conclusion in part from the view of High Court. As the Court stated frankly, “*restrictions imposed*” by a public authority would be understood as ordinarily meaning mandatory measures “imposed” by the authority pursuant to its statutory or other legal powers.” On the other hand, the Court also emphasized that, “although “*Imposed*” connotes compulsion and

<sup>63</sup> For comprehensive information see also, ‘UKSC - The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others’ para 53.

<sup>64</sup> It is important to underline that in the policies used in practice, different terms to state “prevention of access” could be preferred. For example, “public authorities clauses,” denial of access,” “Non-damage denial of access,” and “Action of competent authorities” are often used instead of the term of prevention of access in practice.

The author states that when determining the effect of civil authority clauses, the language of the policy has a crucial importance and “the scope of civil authority coverage will typically fall along what will activate the coverage (direct physical loss, loss of use, loss of access, etc.) and how long losses will be covered.” For more information see, Plaza (n19) 830.

For different practice tendencies of business interruption insurance for losses caused by COVID-19 restrictions in the USA, see also, Horn and Webel (n3) 2 ff.

<sup>65</sup> Thus, the prevention of access clause is defined as “clauses which, in general, provide coverage for business interruption losses resulting from public authority intervention preventing or hindering access to, or use of, the business premises” by the Supreme Court in FCA Case. (Para.4(ii)). See also, Horn and Webel (n3) 2; Schirle (n11) 38

<sup>66</sup> UKSC- The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others para 4(iii).

For a detailed appraisal about Prevention / Denial of Access Clauses and Hybrid Clauses, in the frame of UKSC’s decision dated 15.01.2021 - Test Case (FCA V. Arch and others), see also, Ünán, Financial Conduct Authority v. Arch and Others (n3)141 ff; Gürses (n11) 75 ff.

*a public authority exercises compulsion through the use of such Powers, it is not necessary that a restriction always have the force of law before it can fall within this description.*<sup>67</sup>

The second point the Court discussed related to prevention of access clause is the meaning and scope of the term “inability to use” which is used extensively with prevention of access clauses. As stated by the Court, the public authority or prevention / denial of access clauses used in most of the policies do not cover all business interruption losses caused by “restrictions imposed” by a public authority following occurrence of a notifiable disease. Since most of these clauses also stipulate “inability to use,” the insurer will be responsible for indemnity only when the interruption arose from the policyholder’s “inability to use” the business premises due to these restrictions or interventions.<sup>68</sup> Related to the term “inability to use,” the Court decided that the wording of the clause does not require there to be a complete inability to use the premises for all purposes.<sup>69</sup>

The starting point of the Court was to define the meaning of the term “inability to use,” which is the wording of the public authority clause of one of the policies which is examined by the Court and is also written in nearly all of the policies used in practice. The public authority clause of this policy says exactly that: “*Your inability to use the insured premises due to restrictions imposed by a public authority during the period of insurance following:.....b. an occurrence of any human infectious or human contagious disease, an outbreak of which must be notified to the local authority...*” Related to the term “inability to use”, the first finding of the Court is that, in the frame of the wordings of the policy it is not necessary to “be a complete inability to use the premises for all purposes”<sup>70</sup> and “the requirement is satisfied either if the policyholder is unable to use the premises for a discrete part of its business activities or if it is unable to use a discrete part of its premises for its business activities.”<sup>71</sup> In other words, the Court presumes in both of these situations there is a complete inability of use and explains these exactly like that: “*In the first situation, there is*

<sup>67</sup> See, UKSC- *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 116. The Supreme Court also exemplifies this view. According to the Court, “a public health officer who discovers vermin on inspection of a restaurant may issue an immediate instruction to close the restaurant, although the legal order to do so may only follow later. All concerned would expect such an instruction to be complied with forthwith, regardless of legalities, and would regard the ‘restriction’ as being ‘imposed’ there and then.” (Para 118)

The Court justifies this decision in a differeny way. On the one hand, the Supreme Court recognized the justification of a defendant which says “there would be greater certainty in the operation of the clause if “restrictions imposed” were required in every case to have the force of law.” On the other hand, the court underlined that “*the test in interpreting the words used is how they would be understood by a reasonable person and we do not consider that a reasonable policyholder would understand the word “imposed”, without more, as making cover conditional on the existence or immediate prospect of a valid legal basis for the restriction*” (para121). In short, the Court came to this conclusion within the context of “the principle of interpreting the terms with respect the understood of a reasonable person.”

<sup>68</sup> See, UKSC- *The Financial Conduct Authority vs Arch Insurance and others*, para 129 ff.

<sup>69</sup> For detailed explanations and sample court decisions about condition of “complete cessation,” see also, Schirle (n11) 36 ff.

<sup>70</sup> See, UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 136.

<sup>71</sup> UKSC- *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 137.

a complete inability to carry on a discrete business activity. In the second situation, there is a complete inability to use a discrete part of the business premises.”<sup>72</sup> The Court also exemplifies both of these situations and uses the Plaintiff FCA’s example to explain the first issue.<sup>73</sup> The main subject of this example is a book shop “which is required to close with the loss of all its walk-in customer business.” However, during this period it was possible to use the premises for telephone orders. The FCA also stated that most income of this book shop comes from walk-in customers, which represents 80% of its total income. In this way, the Court uses this bookshop example to concretize the hypothesis of “complete inability of carrying on a discrete business activity.” On the other hand, according to this assumption, it is important to emphasize that the insurer will be responsible for only the losses related to absence of walk-in customers to the bookshop.<sup>74</sup> On the other hand, the Court also exemplifies the second issue with these sentences: “it is not possible to use a discrete part of the business premises with a department store, which had to close all parts of the store except its pharmacy, would potentially be a case of inability to use a discrete part of its business premises.” In the frame of these explanations, it is possible to say that the Court admitted that the term of “inability to use of the premises” does not have exactly the same meaning with “hindrance or disruption to normal use.”<sup>75</sup> Likewise, the “inability to use” the business premises may manifest itself as a policyholder’s inability to use either the whole or a discrete part of its premises for either the whole or a discrete part of its business activities.<sup>76</sup> Finally, the Court interpreted the term “interruption,” which is written nearly all of the prevention of access/denial of access clauses, in a similar way. According to the Court, “interruption” means not only “a complete cessation of the policyholder’s business or activities,” but “interference or disruption” can also qualify as interruption.<sup>77</sup>

### III. Conclusion and an Appraisal under Turkish Law

Business interruption coverage is usually implemented as a distinct part of property insurance which covers against risks, and, in practice, business interruption policies usually ensure coverage only for the losses which arise from “business interruption” caused by physical damages. In other words, if there is not a physical damage underlying the business interruption, it will not be possible to indemnify

<sup>72</sup> UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 137.

<sup>73</sup> UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 138.

<sup>74</sup> “...If, for example, a restaurant which also offers a takeaway service decides to close down the whole business it could only claim in relation to the restaurant part of the business. Equally, if there was a travel agent whose business was 50% walk-in customers, 25% internet sales and 25% telephone sales, it could only claim in relation to the loss of walk-in business, even though all parts of the business may have been depressed by the effects of COVID-19 and the governmental measures taken...” See, UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 141.

<sup>75</sup> UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 142.

<sup>76</sup> UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 145.

<sup>77</sup> UKSC - *The Financial Conduct Authority v Arch Insurance and others* para 157.

the loss of revenue caused by business interruption. As a consequence of this, in most lawsuits, Plaintiffs' demands for business interruption insurance indemnity based upon COVID-19 have been rejected by the courts, as there is lack a of physical damage (caused by coronavirus) on the insured premises. However, it is important to emphasize that after the COVID-19 pandemic, the number of court decisions which admit the existence of physical damage related to the virus increased considerably, when compared to the term just before pandemic. In this context, some courts have decided that *“if the insured premises is useless and uninhabitable, even absence of a physical alteration, a physical loss may occur when the property is uninhabitable or unusable for its intended purpose.”* On the other hand, the tendency of the courts differs if business interruption policies also include an extension clause which expands the insurance coverage. Even if some courts did not accept that COVID-19 could constitute physical damage on insured premises, if the policy includes an extension clause (for example, a disease or public authorities clause), the losses which arose from COVID-19 must be indemnified by the insurer, with no need for there to be physical damage to the insured premises. At this point, *“The Financial Conduct Authority and others vs Arch Insurance and Others”* decision of the United Kingdom Supreme Court, dated January 15, 2021, is of particular importance. The Court examined all policies related to the lawsuit separately and reached different results for each policy, taking into consideration the wording of each one. However, the Court primarily determined that if a policy includes a disease clause, in principal it also covers losses of business interruption caused by an infectious disease and the insurer will be under obligation to indemnity even if there is no physical damage. Similarly, the Court also decided on behalf of policyholders' with respect to public authorities / prevention of access / denial of access clauses, by taking into consideration of the wording of each clause.

If some exceptional court decisions which qualified virus-based contamination of insured premises as physical damage are laid aside, the first point to emphasize in Turkish Law is that it is not possible to mention “physical damage” on insured premises which arose as a direct result of COVID-19. As it is known, in Turkey, where business interruption coverage is not so common in practice and usually provided in fire insurance policies, the term “physical damage” is understood as damage related to the physical alteration of the insured location. Because of this, in our opinion, taking into consideration the insurance practice of Turkey and decisions held by Turkish courts up to now, it is hard to say that the abovementioned court decisions, which determined that COVID-19 could cause physical damage to the

insured premises, would also be effectual for Turkish Law.<sup>78</sup> In this regard, the key point to determine whether business interruption losses caused by COVID-19 can be indemnified or not is the precise language of the policy. Because of this, as a first step, it is important to examine the exclusion and extension clauses written in policy with accuracy. For example, although in each concrete case the wording of the policy and clauses may be different, the existence of a virus exclusion clause will usually be a disadvantage for policyholders who demand insurance indemnity based on COVID-19.<sup>79</sup> On the contrary, if the policy includes an extension clause, such as a disease or public authorities clause, the result will be different. Disease or public authorities clauses usually include expressions which set that the “insurer is under obligation of payment independently of physical damage on insured premises.” On the other hand, it must be taken into consideration that disease or public authorities clauses do not always contain similarly explicit expressions like this. Accordingly, it has crucial importance to examine and interpret the exact wording of these extension clauses. In this context, an important point to emphasize related to the interpretation of the policy wordings is the principle of “*Contra Proferentem*.” According to this principle, the wording of policies or clauses must be interpreted on behalf of the weaker party. In other words, insurance agreements should benefit the policyholder.<sup>80</sup> At this point, it important to highlight that the principle of *contra proferentem* is only applied if there is a serious necessity, since the policy wording is not always explicit and the interpretation must be compatible with the main principle of insurance law.

<sup>78</sup> In Turkey, there are still no high court decision which debates whether COVID-19 contamination causes physical damage or not. However, for an Insurance Arbitration Commission decision related to COVID-19-based business interruption loss, see, Insurance Arbitration Commission, 2021/51816, 21.5.2021.

In this lawsuit, the Commission did not debate the matter of physical damage, since the prevention of access clause in the policy includes an expression which says explicitly “the insurer has to pay indepently of physical damage on insured premises.” The main matter the Commission examined in this lawsuit is the legal qualification of business interruption coverage in the policy. The Commission qualified the policy subject to this lawsuit as a parametric insurance. For full text of the decision see, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/sigorta-tahkim-komisyonu/hk-k-no-2021-51816-k-tarihi-21-5-2021>> Date of Access 21 December 2022.

<sup>79</sup> For a different interpretation of virus exclusion clauses see, United States District Court Middle District of Florida Orlando Division, Urogynecology Specialist of Florida LLC, vs. Sentinel Insurance Company, Ltd Case No.: 6:20-cv-1174-Orl-22EJK. To see full text of decision, see, <<https://btlaw.com/-/media/files/blog/urogynecology-v-sentinel.ashx>> Date of Access 21 November 2022: In this decision, the Court interpreted the virus exclusion clause, which says the insurer will not pay for the losses which appear as a result of the presence, growth, proliferation, spread, or any activity of “fungi,” “wet rot,” dry rot, bacteria, or virus,” in a different way. The Court decided: “[A] pandemic is a loss distinct from a virus.” *The Endorsement as a whole, by its plain meaning, is intended to apply when “fungi”, wet rot, dry rot, bacteria and virus are physically present on the property itself. To extend the Endorsement to include mere contemplation of, or presence somewhere in the world of, COVID-19, goes beyond the scope of the Policy. Plaintiff’s loss was caused by the pandemic, the Governor’s Orders, and mandated capacity restrictions. Plaintiff’s loss was never due to COVID-19 being present on its premises. Plaintiff testified that it was not aware of COVID-19 ever was present on the Property and certainly the Property was never shut down, because of it. To extend this Endorsement beyond Plaintiff’s Property is to extend the Endorsement beyond the scope of the Policy. “[I]nsurance carriers are aware of the risk of pandemics as a peril, regularly exclude them with clear and distinct language, but ... these Defendant Insurers failed to do so here.... Moreover, even when not specifically excluding ‘pandemic,’ carriers regularly utilize words like suspected, threatened, and fear of to expand virus exclusions beyond actual viruses present on covered property.”....*” On the other hand, the Court also stated that “the policy is ambiguous and should be construed in favor of coverage.” For explanations about this decision, see also, Mchugh (n11) 497-498.

<sup>80</sup> It must be highlighted that this principle is set forth in Turkish Code of Obligations. According to Art. 23 of TCO, titled “Interpretation,” “If the provisions of standardized terms are not explicit or comprehensible and have more than one meaning, this provision must be interpreted against the one who drafts the documents and on behalf of the other party.”

In this context, when interpreted the wording of policies, besides ensuring the benefit of the policyholder / weak party of an insurance agreement, it must also be taken into consideration that insurance serves an important economic and social function. Because of this, insurance companies must be strong economically to protect the indemnity rights of all policyholders.

In the frame of these explanations, to determine whether a business interruption policy provides coverage for COVID-19-related business interruption losses, it is not possible to determine the common principles which can be applied to every concrete insurance policy. On the contrary, it must be kept in mind that each policy used in practice must be examined meticulously. In other words, without examining the policy wording in each case, it is not easy to decide whether the policy covers business interruption losses caused by coronavirus.

---

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

Borghesi DA, 'Business Interruption Insurance-A Business Perspective' (1993) 17 (3) Nova Law Review 1147-1166.

Clarke GW, 'Problem Claims under Business Interruption Policies' (1957) American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law. Proceedings 89-102.

Ergüne S, *Olumsuz Zarar* (1st edn, Beta 2008)

French CC, 'Federal Courts' Recalcitrance in Refusing to Certify State Law COVID-19 Business Interruption Insurance Issues' (2021-2022) 100, Texas Law Review Online 152-161.

French CC, 'The Aftermath of Catastrophes: Valuing Business Interruption Insurance Losses' (2014) 30 (2) Georgia State University Law Review 461-520.

Horn DP and Webel B, *Business Interruption Insurance and COVID-19* (1st edn, Congressional Research Service 2021).

French CC, 'Forum Shopping COVID-19 Business Interruption Insurance Claims' (2020) University of Illinois Law Review Online 187-202.

Gylln D and Rogers T, *Riley on Business Interruption Insurance* (11th edn, Sweet&Maxwell 2021)

Gürses Ö, 'The Supreme Court on Business Interruption Insurance and COVID-19: Financial Conduct Authority v Arch Insurance (UK) Ltd [2021] UKSC 1' King's Law Journal (2021) 32 (1) 71-83.

Hummer PM, 'Basics of Business Interruption Insurance: The Ins and Outs of Tricky Coverage' (2002) 69 (3) Defense Counsel Journal 307-314.

- Kahler CM, 'Business Interruption Insurance' (1932) 161 Annals of the American Academy of Political and Social Science 77-84.
- Knutsen ES, 'The COVID-19 Pandemic and Insurance Coverage for Business Interruption in Canada' (2021) 46 (2) Queen's Law Journal (QLJ) 431-444.
- McHugh P, 'Business Interruption Insurance in the Time of COVID-19: Who Should Foot the Bill?' (2021) 29 (2) Journal of Law and Policy 491-521.
- Miller AG, 'Business Interruption Insurance, A Legal Primer' (1975) 24 (4) Drake Law Review 799-808.
- Medeiros M, 'Physical Losses, Invisible Damages: Finding Coverage for Business Interruption Insurance Claims Sustained during the COVID-19 Pandemic' (2022) 23 (2) Minnesota Journal of Law, Science and Technology 631-670.
- Plaza J, 'No End in Sight: Business Interruption Insurance Claims in New York after the Second COVID-19 Surge' (2022) 47 (3) Journal of Corporation Law 817-842.
- Schirle C, 'Time Element Coverages in Business Interruption Insurance' (2007) 37 (1) The Brief 32-42.
- Schultz RE and Bardwell EC, '*Property Insurance*' (1st edn, Rinehart & Co. 1959).
- Traynor PE, 'The "Business Interruption" Insurance Coverage Conundrum: COVID-19 Presents a Challenge' (2020-2021) 19 (1) DePaul Business & Commercial Law Journal 65-96.
- Ünan S, 'En Üst Derecedeki İngiliz Mahkemesi'nin Covid-19 Nedeniyle Meydana Gelen İş Durması Zararları Hakkında Verdiği 15 Ocak 2021 Tarihli Test Case Kararı (Financial Conduct Authority v. Arch and Others)', in Bülent Sözer and Sezer Ilgın (eds), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar*, (Vedat Kitapçılık 2021) 135-185.
- Ünan S, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko* (1st edn, Beta 1998).
- Vogel JW, 'Pardon the Interruption: Obstacles to a Successful COVID-19 Business Interruption Claim' (2021) 21 (3) Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law 251-271.

## Judgments

- United States Court of Appeals, 'Motorists Mut. Ins. Co. v. Hardinger', 131 F. App'x 823, 826-27 (3d Cir. 2005).
- United States District Court for the District of New Jersey, 'Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am.', No. 2:12- cv-04418, 2014 WL 6675934, at \*6 , 25.11.2014.
- Superior Court of Massachusetts, 'Matzner v. Seaco Ins. Co.', No. 96-0498-B, 1998 WL 566658, at \*3, 12.08.1998.
- United States District Court for the District of Oregon, Medford Division, 'Oregon Shakespeare Festival Ass'n v. Great Am. Ins. Co.', No. 1:15-cv- 01932-CL, 2016 WL 3267247, at \*7-8, 07.06.2016).
- United States District Court For The Western District Of Missouri Southern Division, 'Studio 417, Inc., et al. vs The Cincinnati Insurance Company', Case No. 20-cv-03127-SRB, 12.08.2020.
- High Court of Justice Business And Property Courts Of England And Wales Commercial Court (Qbd), 'Tkc London Ltd. v Allianz Insurance Plc', Claim No CL-2020-000219, 15.10.2020.
- High Court of Justice Business And Property Courts Commercial Court (QBD) Financial List Financial Markets Test Case, 'The Financial Conduct Authority (FCA) vs. Arch Insurance and others', FL-2020-000018, 16.10.2020.



United Kingdom Supreme Court (UKSC), ‘The Financial Conduct Authority (FCA) vs. Arch Insurance and others’, [2020] EWHC 2448 (Comm) 15.01.2021.

United States District Court Middle District of Florida Orlando Division, ‘Urogynecology Specialist of Florida LLC, vs. Sentinel Insurance Company Ltd.’, Case No.: 6:20-cv-1174-Orl-22EJK, 24.09.2020.

Turkish Insurance Arbitration Commission, 2021/51816, 21.05.2021.

### Online Sources

<<https://covid19.who.int/?mapFilter=deaths>> Date of Access 25 October 2022

<<https://cclt.law.upenn.edu/>> Date of Access 10 October 2022

<<https://macafeeandedwards.com/pdf/commercial/property/Business%20Interruption-Gross%20Earnings.pdf>> Date of Access 25 October 2022

<<https://www.allianz.co.uk/content/dam/onemarketing/azuk/allianzcouk/broker/docs/policy-wording/FR0076-business-interruption-all-risks-income-from-300717-updates-010418.pdf>> Date of Access 25 October 2022.

<<https://axaxl.com/-/media/axaxl/files/pdfs/china/20162en.pdf>> Date of Access 26 October 2022.

<<https://macafeeandedwards.com/pdf/commercial/property/Business%20Interruption-Gross%20Earnings.pdf>> Date of Access 25 October 2022.

<[http://www.istanbul.gov.tr/kurumlar/istanbul.gov.tr/PDF/il\\_Hifzissihha\\_Meclis\\_Karari\\_No\\_114.pdf](http://www.istanbul.gov.tr/kurumlar/istanbul.gov.tr/PDF/il_Hifzissihha_Meclis_Karari_No_114.pdf)> Date of Access 14 November 2022.

*<https://casetext.com/case/travco-insurance-company-vward/analysis?citingPage=1&sort=relevance>* Date of Access 10 October 2022.

<<https://casetext.com/case/gregory-packaging/analysis?sort=relevance&citingPage=1>> Date of Access 11 December 2022.

<<https://casetext.com/case/matzner-v-seaco-insurance-company>> Date of Access 11 December 2022.

<<https://casetext.com/case/nue-llc-v-or-mut-ins-co-1>> Date of Access 10 December 2022.

<<https://casetext.com/case/studio-417-inc-v-cincinnati-ins-co>> Date of Access 11 November 2022.

<<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0177-judgment.pdf>> Date of Access 11 December 2022.

<<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0177-judgment.pdf>> Date of Access 10 October 2022.

<<https://www.gov.uk/guidance/notifiable-diseases-and-causative-organisms-how-to-report>> Date of Access 10 September 2021.

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/sigorta-tahkim-komisyonu/hk-k-no-2021-51816-k-tarihi-21-5-2021>> Date of Access 21 December 2022.

<<https://btlaw.com/-/media/files/blog/urogynecology-v-sentinel.ashx>> Date of Access 21 November 2022.





## Vekilin Vekalet Verene Karşı Hesap Verme Yükümlülüğü

Necati Şükrü Bayramoğlu\*

### Öz

Hesap verme yükümlülüğü, tüm iş görme sözleşmelerinde söz konusu olan bir yükümlülüktür. Vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler kanunda düzenlenmeyen tüm iş görme sözleşmeleri için uygulanma imkanına sahip olduğu için vekilin hesap verme yükümlülüğü ile ilgili düzenleme önem kazanmaktadır. Hesap verme yükümlülüğü, içerisindeki birçok yükümlülüğün bir araya gelmesiyle oluşan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün içerisinde her özel vekalet türünde farklı kapsam ve derecede olmak üzere bilgilendirme, muhasebe tutma, fatura düzenleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi vekalet sözleşmesinden doğan birçok hak ve yükümlülüğü doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Vekalet veren açısından vekaletin icrasının doğru, gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin kontrolü ve talimat verme hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi ancak hesap verme yükümlülüğünün doğru bir şekilde yerine getirilmesiyle mümkün olur. Vekilin de özellikle ücret, vekaletin icrası sebebiyle yapmış olduğu giderleri, uğramış olduğu zararların giderilmesini, üstlenmiş olduğu borçlardan kurtarılmasını isteyebilmesi hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlıdır. Hesap verme, yerine getirildiği zamanla ilgili olarak iki farklı şekilde yerine getirilmektedir. Bunlardan birisi ara hesap verme olarak adlandırılan vekalet ilişkisinin devam ettiği herhangi bir zamanda yerine getirilen hesap verme; diğeri son hesap verme olarak adlandırılan vekalet ilişkisi sona erdiğinde yerine getirilen hesap vermedir. Hesap verme; doğru, ayrıntılı ve anlaşılır bir şekilde yapılmalıdır. Vekil, hesap verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olsa da vekalet vereni yapmış olduğu iş veya işlemleri onaylamaya, kendisini ibra etmeye zorlayamaz. Hesap verme yükümlülüğü bir yapma borcu olup, hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğinde tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir.

### Anahtar Kelimeler

Vekalet sözleşmesi, vekil, hesap verme, bilgilendirme, muhasebe tutma

### Agent's Accountability to the Principal

### Abstract

Accountability is an obligation in all service contracts. Since the provisions of the mandate contract are applicable to all service contracts that are not regulated in the law, the regulation regarding the accountability of the agent gains importance. Accountability is an obligation that is formed by the combination of many obligations in it. Within this obligation, there are obligations to inform, keep accounting, billing in various scope and degrees for each type of special power of mandate. Fulfillment of the obligation of accountability directly or indirectly affects many rights and obligations arising from power of mandate contract. From the point of the principal, the control of whether the execution of the power of mandate is carried out correctly and properly and the effective use of the right to give instructions are only possible if the accountability obligation is fulfilled correctly. The agent's ability to demand wages, expenses incurred due to the execution of the power of mandate, the compensation for the the damages s/he has incurred, and the quittance

\* **Sorumlu Yazar:** Necati Şükrü Bayramoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye. E-Posta: necati.bayramoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6928-7247

**Atf:** Bayramoğlu NS, "Vekilin Vekalet Verene Karşı Hesap Verme Yükümlülüğü" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 129. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.005>



of the debts man has undertaken depends on the fulfillment of the accountability obligation. Accounting is carried out in two different ways in relation to the time it is fulfilled. One of these is the accountability, which is called interim accountability, which is performed at any time when the mandate relationship continues; the other is the accountability, which is called final accountability, which is fulfilled when the mandate relationship ends. Accounting; should be done accurately, in detail and clearly.

**Keywords**

Mandate contract, agent, accountability, inform, keep accounting

### *Extended Summary*

Accountability takes its source from the obligation to take care of the interests of others, which is one of the important elements of mandate contract. Accountability is a secondary considerations obligation that arises from the law. Although it is a secondary considerations obligation, it has a key role as it directly or indirectly affects many rights and obligations arising from mandate contract. As a matter of fact, from the point of view of the principal, the control of whether the execution of mandate is carried out correctly and properly and the effective use of the right to give instructions are only possible if the accountability obligation is fulfilled correctly. The agent's ability to demand wages, expenses incurred due to the execution of the power of mandate, the elimination of the damages man has incurred, and the quittance of the debts man has undertaken depends on the fulfillment of the accountability obligation. Accountability exists in both material fact and legal transactions. In cases where the agent acts as both a direct and indirect representative, there is an obligation to be accountable.

The regulation on accountability is imperative. The prior waiver of the principal from the right to hold accountability is null and void. Accountability is an obligation that is formed by the combination of many obligations in it. Within this obligation, there are obligations to inform, keep accounting, billing in various scope and degrees for each type of special power of mandate. A limited information obligation arises regarding accountability. The information here basically consists of giving information about the service or transactions carried out within the scope of the execution of mandate. In this respect, it should be considered separately from the obligations of clarification and notification, which find their source in the obligation of loyalty and care in article 506 of the Turkish Code of Obligations. Clarification and notification obligations are among the obligations that the agent must fulfill spontaneously, without request. If the execution of mandate involves acquiring or spending various asset values, the agent's obligation to keep accounting becomes important. Accounting can be demonstrated by keeping a systematic record of the values of assets acquired and spent related to execution of mandate and showing a balance. In addition to providing the information about the Money received and given individually, the balance must be displayed in a detailed, understandable and written manner by linking these

information to each other. The obligation to issue an invoice arises in cases where the service or transaction that is the subject of the mandate is done for a fee. The agent declares the service considerations s/he has fulfilled on this invoice, together with the price information.

Accounting should include a detailed report and descriptive information on the key processes of the service or transaction. A general idea should be given about the results of all the processes and activities carried out. Due to the agent's obligation to keep records and preserve documents, it will not be sufficient for the agent to add the records and documents s/he has kept to the report. While preparing the account report, these records and documents should be used and they should be clearly linked with the data in the account report. If the scope of the accountability obligation is regulated in the contract between the parties, the agent will fulfill the accountability obligation as agreed. If there is no regulation regarding the fulfillment of the accountability obligation in the contract between the parties, the limit of the accountability obligation is determined by taking into account the principles of good faith.

Accounting is carried out in two different ways in relation to the time it is fulfilled. One of these is the accountability, which is called interim accountability, which is performed at any time when the mandate relationship continues; the other is the accountability, which is called final accountability, which is fulfilled when the mandate relationship ends. Except for the cases agreed by the parties or stipulated by a special law provision, there can be no spontaneous interim or final accountability obligation without the request of the agent. Only in certain cases, a limited scope of accountability may arise from some of the other obligations of the agent. Fulfillment of the obligation of accountability directly or indirectly affects many rights and obligations arising from power of mandate contract.

Accountability is not an obligation that arises only after the end of the service or transaction subject of the mandate. This obligation may arise at any stage of the execution of the mandate. As a rule, it must be fulfilled in writing. Accountability is a duty of performance that can be fulfilled by the agent herself/himself or by a third party under her/his responsibility. Due to this nature, if this obligation is not fulfilled, it turns into a compensation obligation as it can not be fulfilled by force.

## Giriş

Hesap verme yükümlülüğü iş görme sözleşmelerinin genel karakterini oluşturan karşı tarafın yararını gözetme yükümlülüğünden doğmaktadır. Dolayısıyla sadece vekalet sözleşmesinde değil, konusu bir iş görme olan tüm hukuki ilişkilerde iş görenin yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür. Hesap verme yükümlülüğü, konusu iş görme olan bazı hukuki ilişkilerde (hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, komisyonculuk sözleşmesi) vekalet sözleşmesinde olduğu gibi özel olarak düzenlenmiştir. Hesap verme yükümlülüğünün özel olarak düzenlenmediği konusu bir iş görme olan sözleşmelerde TBK m. 502/II hükmü gereği hesap verme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 508 hükmü uygulanabilir. Bunun dışında konusu bir iş görme olan tüm hukuki ilişkilerde (örn; vekaletsiz iş görme, temsil) uygulanma imkanı vardır. Bu yönüyle vekilin hesap verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin geniş bir uygulama alanı vardır.

Hesap verme yükümlülüğü, vekilin diğer bazı yükümlülüklerini önemli ölçüde etkiler ve onlarla sıkı bir bağlantı içerisindedir. Özellikle vekilin aldıklarını teslim etme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi, hesap verme yükümlülüğünün doğru bir şekilde yerine getirilmesine bağlıdır. Hatta hesap verme yükümlülüğü yerine getirilmeden vekalet veren vekilin bazı taleplerini yerine getirmekten kaçınabilir. Bu yan edim yükümlülüğü olmasına rağmen vekalet ilişkisinde kilit bir role sahiptir. Bu yönüyle vekalet ilişkisindeki en önemli yan edim yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

Vekilin bazı yükümlülüklerinden kapsamı sınırlı hesap verme yükümlülükleri doğmaktadır. Çalışmamızda bu tipteki hesap verme yükümlülüklerine konumuzu ilgilendirdiği ölçüde sınırlı bir şekilde değinilmiştir. Çalışmamızın esas konusu TBK m. 508'den doğan hesap verme yükümlülüğüdür. Çalışmada hesap verme yükümlülüğünün kapsamı, yerine getirilme zamanı ve şekli, yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonuçları incelenmiştir. Vekilin sadece vekalet verene karşı hesap verme yükümlülüğü konusu incelenmiş olup, vekalet verenin halefi olan kişilere karşı hesap verme yükümlülüğü çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

### **I. Hesap Verme Yükümlülüğünün Tanımı ve Hukuki Niteliği**

Hesap verme yükümlülüğü, vekilin yürüttüğü iş veya işlemlerle ilgili nitelikli bir bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük yürütülen iş veya işlemlerle ilgili olduğu için geçmişe yöneliktir. Hesap verme yükümlülüğünün konusunu geçmişte gerçekleştirilen faaliyetler oluşturur.

Hesap verme yükümlülüğünün hukuki niteliğini tespit etmeden önce bu yükümlülüğün kaynağını tespit etmemiz gerekmektedir. Hesap verme yükümlülüğü, vekilin diğer birçok yükümlülüğünü doğrudan veya dolaylı etkileyen bir yükümlülüktür. Kaynağını vekalet sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden birisi

olan vekilin karşı tarafın yararını gözetme yükümlülüğünden almaktadır<sup>1</sup>. Karşı tarafın yararını gözetme yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğü arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bu sebeple hesap verme yükümlülüğü ile sadakat yükümlülüğü arasında dolaylı da olsa bir ilişki vardır.

Hesap verme yükümlülüğü, vekalet ilişkisinde asli edime bağlı, ikincil nitelikte fakat asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriği sahip olduğu için bir yan edim yükümlülüğüdür. Hesap verme yükümlülüğünün bir yan edim yükümlülüğü olduğu fikri doktrinde büyük ölçüde hakimdir<sup>2</sup>. Tartışmalı olan nokta bu yükümlülüğün dayanağıdır. Bu hususta doktrinde birinci görüş, hesap verme yükümlülüğünü genel sadakat yükümlülüğüne<sup>3</sup>; ikinci görüş ise özen yükümlülüğüne dayandırmaktadır<sup>4</sup>. Üçüncü görüş, genel sadakat ve özen yükümlülüğüne dayandığını ifade etmektedir<sup>5</sup>. Dördüncü görüş ise bu yükümlülüğü kanuna dayandırmaktadır<sup>6</sup>. Kanaatimizce de konusu itibariyle sadakat ve özen yükümlülüklerinden farklı olduğu için kanundan doğan bir yan edim yükümlülüğüdür<sup>7</sup>. Hesap verme yükümlülüğü kaynağını sadakat ve özen yükümlülüğünden almaz. Çünkü sadakat ve özen yükümlülüğü daha ziyade

<sup>1</sup> Hugo Oser ve Wilhelm SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418*, (Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co. 1936), Art 400, N 2; Peter Derendinger, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, (2. nachgeführte Auflage, Freiburg, Schweiz: Universitätsverlag, 1990), N 37; Walter Fellmann, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, (Stämpfli 1992), Art 400, N 13; Rolf H. Weber, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2011), Art 400, N 2; Roland Bühler, *Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, (3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag 2016), Art 400, N 1; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II*, (5. Baskı, Vedat 2010), 479; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yenilenmiş 10. Baskı, Beta 2014), 1207; Josef Hofstetter, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Sechster Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, Herausgegeben von Wolfgang WIEGAND, (Helbing & Lichtenhahn 2000), § 8, IV, C, 1; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, (3. Baskı, Vedat 2014), 176. Bkz Georg Gautschi, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, (3., neu bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli & Cie 1971), Art 400, N 22b. Hesap vermenin karşı tarafın çıkarının gözetilmesi için yapılması gereken en asgari faaliyet olduğu yönünde bkz Derendinger, N 37; Hofstetter, § 8, IV, C, 1; BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022). Bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net). İsviçre Federal Mahkemesi hesap verme yükümlülüğünü vekalet verenin yararının gözetilmesinde merkezi bir unsur olarak görmektedir (BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGE 4A\_266/2010, 29.08.2011, E 2.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>2</sup> Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 1; Derendinger, (n 1) N 130; Carole Gehrre Cordey ve Gion Giger, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR*, (3. Auflage, Schulthess 2016), Art 400, N 1a; Tandoğan, (n 1) 481; Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18. Baskı, Turhan 2018), 623; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, (Beta 2001), 177; Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, (Beşir 2004), 285-286; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (2. Baskı, Yetkin 2015), 736; Barbara Graham-Siegenthaler, *Haftpflichtkommentar; Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Hrsg: Willi Fischer, Thierry Luterbacher, (Dike 2016), Art 400, N 9; Gümüş, Borçlar, (n 1) 177. Fakat Federal Mahkemeye göre; hesap verme yükümlülüğü, vekalet hukukunun esaslı bir unsurudur. Böylece vekaletin esas karakterini teşkil eden başkasının yararına iş görme, ancak bu şekilde teminat altına alınabilir (BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022) Federal mahkeme ile aynı yönde bkz Derendinger, (n 1) N 128.

<sup>3</sup> Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger ve Andreas Furrer, *Obligationenrecht-Besonderer Teil*, (Schulthess 2011), N 87; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 1a. Uygulamada sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket eden vekil, çoğu kez hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmez (Gautschi, (n 1) Art 400, N 31). Bkz Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011; Yargıtay HGK 1750/321, 19.03.2019; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019; Yargıtay HGK 597/501, 01.07.2020 (lexpera).

<sup>4</sup> Zevkililer ve Gökyayla, (n 2) 623; Sarı, (n 2) 285-286.

<sup>5</sup> Tandoğan, (n 1) 481; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 1; Eren, (n 2) 736. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 22b.

<sup>6</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 177; Gümüş, Özen, (n 2) 177; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera).

<sup>7</sup> Bkz Gümüş, Özen, (n 2) 178.

vekalet sözleşmesindeki asli edim yükümlülüğü olan vekalet konusu iş veya işlemin yürütülmesi edimiyle doğrudan ilişkilidir. Hesap verme yükümlülüğü, amaç ve fonksiyon bakımından vekalet konusu iş veya işlemin yürütülmesinden farklıdır. Hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi de tek başına sadakat ve özen yükümlülüğünün ihlaline neden olmaz.

Hesap verme yükümlülüğü, vekalet verenin bazı haklarını (talimat yetkisi, tazminat hakları vb.) kullanabilmesi için çok önemlidir<sup>8</sup>. Vekalet veren, hesap verme yükümlülüğü yerine getirilmeden vekilin bazı taleplerini (örn; giderlerin ödenmesi, girdiği borçlardan kurtarılması, ücret) yerine getirmekten kaçınabilir. Bu yönüyle hesap verme yükümlülüğü, önceden yerine getirilmesi gereken bir edim yükümlülüğü (Vorleistungspflicht) niteliğindedir<sup>9</sup>.

Hesap verme yükümlülüğü emredici niteliktedir<sup>10</sup>. Vekalet verenin hesap sorma hakkından önceden feragati kesin hükümsüzdür<sup>11</sup>. Bu hükümsüzlük, kısmi bir hükümsüzlük olup,<sup>12</sup> sözleşmenin sadece hesap sorma hakkından önceden feragate dair kısmını geçersiz kılar, sözleşmenin diğer hükümleri yürürlükte kalmaya devam eder. Vekaletin icrasından önce bu haktan feragat edilmesi, doğmamış bir haktan önceden feragat edilmesi anlamına geleceği için geçerli değildir. Vekalet veren, vekaletin icrasını görmeden bu hakkından feragat ettiğinde denetim imkanından mahrum kalır<sup>13</sup>. Bu haktan ancak vekaletin icrasından sonra hakkın kapsamı belli olduktan sonra feragat edilebilir<sup>14</sup>.

## II. Hesap Verme Yükümlülüğünün Kapsamı

### A. Genel Olarak

Hesap verme yükümlülüğü, içerisindeki birçok yükümlülüğün bir araya gelmesiyle oluşan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün içerisinde bilgilendirme, muhasebe tutma, fatura düzenleme yükümlülükleri bulunmaktadır.

<sup>8</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22d; Fellmann, (n 1) Art 400, N 56, 61; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Tandoğan, (n 1) 481; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115. Bkz Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Cevdet Yavuz, *Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, Doktora Tezi, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1983), 167; Gautschi, (n 1) Art 400, N 28d; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>9</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 60; Stefan Hafner, *Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten – Ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsvertrag*, Dissertation, (Weissensee 2007), 247.

<sup>10</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 38b; Derendinger, (n 1) N 128; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115-116; Gümüş, Borçlar, (n 1) 176; Weber, (n 1) Art 400, N 2. Aksi görüş Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551*, Çev: Suat DURA, (Yargıtay Yayınları 1993), m 400, N 5. Hesap vermenin iş görmenin konu olduğu tüm borç ilişkilerinde emredici olduğu yönünde bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 38b.

<sup>11</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 58; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9. Hükümsüzlüğün nedeninin ahlaka aykırılık olduğu yönünde bkz Fellmann, (n 1) Art 400, N 58.

<sup>12</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 38e.

<sup>13</sup> Hafner, (n 9) 273.

<sup>14</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 38ff; Tandoğan, (n 1) 484.



Hesap verme yükümlülüğü hem maddi fiil hem de hukuki işlem vekaletinde vardır<sup>15</sup>. Vekilin doğrudan veya dolaylı temsilci sıfatıyla hareket ettiği her iki durumda da hesap verme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır<sup>16</sup>.

Vekil, vekaleti gereği gibi icra edemediği veya istenen sonuca ulaşamadığı durumlarda da vekalet verene hesap vermek zorundadır<sup>17</sup>. Hatta sorumlu olma riski olsa bile vekalet vereni eksiksiz ve doğru bir şekilde bilgilendirmelidir<sup>18</sup>. Yapmış olduğu hatalar hakkında bir açıklama yapmalıdır<sup>19</sup>. Bu yönde bir açıklamanın yapılmadığı durumlarda giderek artan ve çeşitlenen uzmanlaşmanın boyutu da dikkate alındığında vekilin özen yükümlülüğü ihlallerini tespit etmek çok zorlaşacaktır<sup>20</sup>.

Vekil, vekalet görevini yerine getirirken görevinin tüm aşamalarında özenli bir şekilde hareket etmelidir. Aynı şekilde hesap verme yükümlülüğü de özenli bir şekilde yerine getirilmelidir<sup>21</sup>. Bu kapsamda vekil, vekalet verenin vekalet konusu iş veya işlemle ilgili haklarını kullanabilmesi için gerekli olan tüm bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür<sup>22</sup>. Hesap verme yükümlülüğü eksiksiz, doğru bir şekilde ve zamanında yerine getirilmelidir<sup>23</sup>.

Vekalet veren birden fazla kişiden oluşuyorsa vekalet veren tarafı oluşturan her bir kişi diğerinden bağımsız olarak vekilden hesap vermesini isteyebilir<sup>24</sup>.

Vekalet veren, vekalet sözleşmesinden doğan haklarının tamamını veya bir kısmını bir başkasına devretmişse; vekil, söz konusu hakları devralan kişilere karşı da hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>25</sup>.

<sup>15</sup> Oser ve Schöenberger, (n 1) Art 400, N 2; Weber, (n 1) Art 400, N 3; Tandoğan, (n 1) 482; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Gümüş, Borçlar, (n 1) 176-177; Sarı, (n 2) 285.

<sup>16</sup> Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Yavuz, Temsil, (n 8) 166.

<sup>17</sup> Zevkililer ve Gökyayla, (n 2) 624. Vekil, görevini eksik bir şekilde yerine getirmişse genellikle eksik ve hatta gerçeğe aykırı bilgi verme eğilimi göze çarpar (Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a).

<sup>18</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 20, 32; Bühler, (n 1) Art 400, N 3; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 3. BGer 4A\_688/2011, 17.04.2012, E 6.4 (Swisslex, Erişim Tarihi: 04.04.2022).

<sup>19</sup> Derendinger, (n 1) N 135; Weber, (n 1) Art 400, N 4; Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 88.

<sup>20</sup> Derendinger, (n 1) N 135; Fellmann, (n 1) Art 400, N 33.

<sup>21</sup> Gümüş, Özen, (n 2) 178.

<sup>22</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a; Fellmann, (n 1) Art 400, N 20, 37; Tandoğan, (n 1) 481; Yargıtay HGK E 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>23</sup> Becker, (n 10) m 400, N 4; Weber, (n 1) Art 400, N 4; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Sarı, (n 2) 288; BGer, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>24</sup> Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3., erweiterte Auflage, Schulthess 1988), § XII, 231. Bkz Weber, (n 1) Art 400, N 9.

<sup>25</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 39d.

## B. Bilgi Verme Yükümlülüğü

Hesap verme yükümlülüğünün bir diğer unsuru bilgi verme yükümlülüğüdür<sup>26</sup>. Vekil, hesap verme yükümlülüğü kapsamında hazırladığı raporda yaptığı işlerle ilgili genel birtakım bilgiler vermek zorundadır<sup>27</sup>. Bu bilgiler raporun anlaşılmasına yardımcı olur.

Hesap verme yükümlülüğü ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş TBK m. 508 (Art. 400 OR)'den geniş, genel bir bilgilendirme yükümlülüğünün ortaya çıktığını ileri sürmektedir<sup>28</sup>. Bu yükümlülüğü bildirim ve danışma yükümlülükleriyle birlikte geniş bir şekilde yorumlamaktadır<sup>29</sup>. Bu geniş yorumlamanın bir sonucu olarak gereken durumlarda vekilin talep olmasa da vekalet vereni bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>30</sup>. Diğer bir görüş ise hesap verme yükümlülüğünden hesap vermeye bağlantılı sınırlı bir bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıktığını ileri sürmektedir<sup>31</sup>. Kanaatimizce hesap verme yükümlülüğü ile ilgili sınırlı bir bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkar. Hesap verme yükümlülüğü, vekilin yapmış olduğu işleri anlatan, açıklayan salt bir raporlama yükümlülüğüdür. Burada vekil, hangi işleri yaptığını, nasıl yaptığını vekalet verene bir rapor şeklinde sunar. Bu kapsamda hesap verme yükümlülüğü geçmişte yapılan iş veya işlemlerle ilgili sınırlı bir yükümlülüktür.

Vekalet sözleşmesindeki kapsamlı bilgilendirme yükümlülüğü esasen TBK m. 506/II'deki sadakat ve özen yükümlülüğünden doğmaktadır. Vekil, vekalet veren talep etmese de aydınlatma ve danışmanlık yükümlülükleri gereği vekalet vereni ayrıntılı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür. TBK m. 508/I'den doğan ve vekaletin icrasıyla ilgili bazı bilgileri sağlamayı da içeren hesap verme yükümlülüğü, TBK m. 506'daki genel sadakat ve özen yükümlülüğünden doğan aydınlatma ve bildirim yükümlülüklerinden ayrılmalıdır. Bu yükümlülükler vekalet verenin talep ettiği anda değil; vekalet verenin talep etmesine gerek kalmadan, kendiliğinden ortaya çıkan yükümlülüklerdir<sup>32</sup>. Örneğin; vekilin vekalet verenin verdiği

<sup>26</sup> Sarı, (n 2) 285. Bilgi verme yükümlülüğü sadece hesap verme yükümlülüğünde değil, aksine tüm vekalet ilişkisi için önemlidir. Nitekim vekalet ilişkisi, taraflar arasında birlikte çalışmayı, belirli bir oranda organizasyonu gerektirir. Bu organizasyonu sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, tarafların birbirine bilgi vermesiyle mümkündür (Hafner, (n 9) 191-193).

<sup>27</sup> Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 28c.

<sup>28</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23c, 23d; Weber, (n 1) Art 400, N 1; Derendinger, (n 1) N 126; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, s. 116; Tandoğan, (n 1) 479 vd; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 1; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1207; Yavuz, Temsil, (n 8) 167; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, (3. Baskı, Adalet 2017), 801. Bkz Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 1750/321, 19.03.2019 (lexpera).

<sup>29</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23c; Weber, (n 1) Art 400, N 1, 5; Fellmann, (n 1) Art 400, N 21; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, 116; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 3.

<sup>30</sup> Derendinger, (n 1) 126; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, 116; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net). Komisyonunun bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m 533'ün adi vekalet için de uygulanması gerektiği yönünde bkz Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208.

<sup>31</sup> Hafner, (n 9) 203 vd.

<sup>32</sup> Gümüüş, Özen, (n 2) 166, 177, dn 738. Bkz Gümüüş, Borçlar, (n 1) 155.

talimatların elverişli olup olmadığını, ortaya çıkabilecek maliyetleri, başarı şansını dikkat çekici bir şekilde açıklama yükümlülüğü sadakat ve özen yükümlülüğüne dayanıp, kendiliğinden ortaya çıkar. Ayrıca bilgilendirme yükümlülüklerinden bazıları sözleşmenin kurulmasından bile önce ortaya çıkmaktadır<sup>33</sup>. Buna karşılık TBK m. 508/I'deki hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi vekalet verenin talebini gerektirir ve bu yükümlülük ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkabilir<sup>34</sup>. Bunların hesap verme yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edildiğinde vekalet verenin talebi olmadan vekilin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi söz konusu olmaz. Hesap verme yükümlülüğü kapsamında fakat kendiliğinden ortaya çıkan yükümlülükler olduğunun kabul edilmesi TBK m. 508/I'in sözü ve amacıyla açıkça çelişen bir durum ortaya çıkarır.

Vekalet verenin bilgi almak için ayrıntılı, her iş ve işlem için ayrı ayrı soru sormasına gerek yoktur. Vekalet verenin vekilden genel bir şekilde vekalet göreviyle ilgili bilgi talep etmesi yeterlidir<sup>35</sup>.

Vekalet veren, vekaletin icrası esnasında vekilden hesap vermesini istemişse öncelikle vekil mevcut durum hakkında bilgilendirme yapmalıdır. Bu kapsamda yürütmüş olduğu iş veya işlem tamamlanmamışsa iş veya işlemin geldiği aşama, vekaleti icra tarzıyla ilgili bilgilerin açıklanması gerekir. Vekilin yürütmüş olduğu iş veya işlemler tamamlanmışsa tamamlanan iş veya işlemlerin sonuçları hakkında bilgi verilmelidir<sup>36</sup>.

Vekaletin icrasıyla ilgili, vekalet veren için önem arz eden tüm bilgilerin verilmesi gerekmektedir<sup>37</sup>. Bilginin türü ve ölçüsü yürütülen işin niteliğine göre değişir<sup>38</sup>. Vekaletin konusunun karmaşık ekonomik veya bilimsel hizmet edimlerinin olduğu vekalet sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı geniş iken; konusu basit hizmet edimlerinin olduğu vekalet sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı daralmaktadır<sup>39</sup>. Örneğin; vekil, hacz edilen veya iflas masasına giren vekalet verene ait olan mallar hakkında vekalet verene bilgi vermelidir. Bu bilgilendirme, vekalet verenin TBK m. 509'daki ayırma hakkını kullanabilmesini sağlar<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> Gümüş, Özen, (n 2) 177, dn. 738. Bkz Sarı, (n 2) 286, dn 82.

<sup>34</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 53; Gümüş, Özen, (n 2) 166, 177, dn 738; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012; Yargıtay 13 HD 37133/5014, 25.04.2018 (www.legalbank.net).

<sup>35</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 20.

<sup>36</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 2; Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 623.

<sup>37</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 9, 19, 25; Weber, (n 1) Art 400, N 4; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, 116; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 3; Hafner, (n 9) 195; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 4; Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 88; Sarı, (n 2) 287; Eren, (n 2) 735. BGer, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>38</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 25.

<sup>39</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 25b; Tandoğan, (n 1) 482.

<sup>40</sup> Karş Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a.

Vekaletin konusuyla ilgili hiçbir bilgisi olmayan, vekaletin icra edildiği yerde bulunmayan vekalet verene daha çok bilgi verilmesi gerekir<sup>41</sup>. Özellikle vekil tarafından yürütülen işin başarısını ve dolayısıyla yürütülen bu işi durdurma veya değiştirme noktasında vekalet verenin karar vermesini etkileyebilecek bilgiler verilmelidir<sup>42</sup>. Ayrıca vekilin gördüğü işle ilgili önemsiz bulunduğu bilgiler, vekalet veren tarafından talep edilmişse verilmesi gerekir<sup>43</sup>.

Bilgilendirme, doğru, eksiksiz ve anlaşılır bir şekilde zamanında yapılmalıdır<sup>44</sup>. Vekil gerekli bilgileri kendi menfaati ne olursa olsun vermek zorundadır<sup>45</sup>.

Konusu bilgi verme, danışmanlık olan vekalet sözleşmelerinde vekaletin yerine getirilmesi esasen bir bilgilendirme faaliyeti olduğu için vekilin ayrıca bir bilgilendirme yükümlülüğü yoktur. Özellikle bir ücret karşılığında ve mesleki olarak danışmanlık yapan kişilerin verdikleri bilgilerin gerçekliği ve tamlığı hakkında katı bir sorumluluğa tabidir<sup>46</sup>. Vekil, vekalet verenin bilmek istediği bir şeyi, kesin olarak tespit edemiyorsa bunu mutlaka belirtmelidir<sup>47</sup>.

### C. Muhasebe Tutma Yükümlülüğü

Hesap verme yükümlülüğünün içerisinde yer alan yükümlülüklerden birisi de muhasebe tutma yükümlülüğüdür<sup>48</sup>. Vekaletin icrası çeşitli malvarlığı değerlerinin elde edilmesi veya harcanmasını içeriyorsa vekilin muhasebe tutma yükümlülüğü (Pflicht zur Rechnungslegung) vardır. Muhasebe, vekaletin icrasıyla ilgili elde edilen ve harcanan malvarlığı değerlerinin sistematik bir şekilde kaydının tutulması ve bir bakiyenin gösterilmesiyle ortaya konabilir<sup>49</sup>. Münferit olarak alınan ve verilen paraların bilgisinin verilmesinin yanı sıra bu bilgilerin birbirine bağlantısı sağlanarak bakiyenin ayrıntılı, anlaşılır ve yazılı bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Mali işlerin belirli büyüklükte olduğu durumlarda tüm gelir ve gider kalemlerinin yanı

<sup>41</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 25b; Tandoğan, (n 1) 482. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 29a.

<sup>42</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a; Derendinger, (n 1) N 131; Fellmann, (n 1) Art 400, N 23; Hafner, (n 9) 194, 195.

<sup>43</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 23.

<sup>44</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a; Weber, (n 1) Art 400, N 4; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 3; Tandoğan, (n 1) 481; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 3, 6; Sarı, (n 2) 288; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 4; Eren, (n 2) 735; BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Tam bir bilgilendirme durumunda hastanın bundan kötü etkilenebileceği durumlarda doktor, hastanın hangi bilgileri isteyebileceğini, bilgilerin verileceği zaman ve bilginin verilme şeklini değerlendirmelidir. (Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 5). Ancak sürekli olarak tam bir açıklama için ciddi bir talep ileri sürülüyorsa artık tam bilgi vermekten kaçınılmaz (Weber, (n 1) Art 400, N 6; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 5). Doktor her halde en azından hastayı durumunun ciddiyeti hakkında bilgilendirmeli ve böylece hastanın karar verecek duruma gelmesini sağlamalıdır (Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 5). Bu hususta ayrıca bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 23c.

<sup>45</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 21; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, 116. Karş Weber, (n 1) Art 400, N 7.

<sup>46</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 24; Tandoğan, (n 1) 482.

<sup>47</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 24.

<sup>48</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 3; Gautschi, (n 1) Art 400, N 27a; Fellmann, (n 1) Art 400, N 8, 35; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 90.

<sup>49</sup> Hafner, (n 9) 12, 242; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 5, 6.

<sup>50</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 3; Fellmann, (n 1) Art 400, N 8, 20, 36; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Gümüş, Özen, (n 2) 177. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 28a.

sıra vekaletin icrasının herhangi bir zamandaki net sonucunu gösterebilecek bir cari hesap tutulmalıdır<sup>51</sup>.

Tutulan muhasebede vekalet verenin vermiş olduğu avanslar, vekaletin icrası kapsamında yapılan kısmi ödemelerin tamamı gösterilmelidir<sup>52</sup>. Bu yükümlülüğün kapsamı bazı vekalet türlerinde daralmakta, bazı vekalet türlerinde genişlemektedir. Özellikle vekaletin icrasının para alma ve harcamayla ilişkili olduğu (örn; çeşitli malvarlığı değerlerinin alımı, satımı, kiralanması, yönetimi) durumlarda muhasebe yükümlülüğü, hesap verme yükümlülüğünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Vekaletin icrası kapsamında elde edilen ve harcanan malvarlığı değerlerinin kapsamının büyük olduğu durumlarda bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilebilmesi için bir defter tutulması şarttır. Örn; konusu bir malvarlığı yönetimi, bankacılık işleri olan vekalet sözleşmelerindeki muhasebe tutma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilebilmesi için defter tutulması gerekmektedir.

#### **D. Fatura Düzenleme Yükümlülüğü**

Hesap verme yükümlülüğünün içerisindeki yükümlülüklerden bir diğeri fatura düzenleme yükümlülüğüdür. Fatura düzenleme yükümlülüğü (Pflicht zur Rechnungsstellung), vekalet konusu iş veya işlemin bir ücret karşılığında yapıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır<sup>53</sup>. Vekil bu faturada yerine getirmiş olduğu iş görme edimlerini fiyat bilgileriyle birlikte beyan etmektedir<sup>54</sup>.

Fatura düzenleme yükümlülüğü, vekalet konusu iş veya işlemin bir ücret karşılığında yerine getirileceği fakat ücret miktarının kararlaştırılmadığı durumlarda büyük önem arz eder. Vekilin yapacağı işlerin kapsamının başlangıçta belirlenemediği durumlarda belirli bir ücret miktarının kararlaştırılması genellikle tercih edilmez. Bu tip durumlarda faturanın ayrıntılı olması gerekmektedir.

Fatura, genellikle şekli ve içeriği yapılan işe göre değişen, önceden hazırlanmış matbu evraklar doldurulmak suretiyle hazırlanır<sup>55</sup>. Verilen faturada ücret talebinin temelini ortaya koyan olgular belirtilmelidir<sup>56</sup>. Ücretin zamana göre belirlendiği durumlarda saatlik ücret ve çalışılan saat sayısı ayrıca belirtilmelidir<sup>57</sup>. Vekil, vekaleti emrindeki birden fazla kişiyle yerine getirmişse ortalama bir saatlik ücretin

<sup>51</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 27b.

<sup>52</sup> Hafner, (n 9) 242.

<sup>53</sup> Hafner, (n 9) 13, 255.

<sup>54</sup> Hafner, (n 9) 13.

<sup>55</sup> Bkz Hafner, (n 9) 13.

<sup>56</sup> BGer 4A\_147/2014, 19.11.2014, E 5.2.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); BGer 4A\_10/2020, 12.05.2020, E 6 (Swisslex, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

<sup>57</sup> Bkz BGer 4A\_238/2016, 26.07.2016, E 2.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 05.04.2022).

belirtilmesi yeterlidir. Bu bilgilerle vekalet veren, işin sadakatle ve ekonomik bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini denetleyebilir<sup>58</sup>.

Vekil, vekalet konusu iş veya işlemin yerine getirilmesi için yapmış olduğu masraf veya kullanmış olduğu araç ve gereçlerin yıpranmalarının karşılığını faturada göstererek talep edebilir<sup>59</sup>.

Münferit edimleri özetleyip, asıl faaliyet alanını genel bir şekilde belirtmek yeterlidir. İç bağlantı olması şartıyla benzer ve farklı edimler birleştirilebilir<sup>60</sup>. Hesapta yalnızca kendi içerisinde bağlantılı (özetlenmiş) edimler tek bir fiyatla sunulur. Hesapta her münferit (kısmi) edimin ayrı ayrı sayılmasına ve ayrı ayrı fiyatlarının belirtilmesine gerek yoktur<sup>61</sup>.

Fatura düzenleme yükümlülüğünün söz konusu olduğu vekalet sözleşmelerinde vekil, vekalet verene içerik açısından gerekli şartları sağlayan bir fatura teslim etmeden hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz<sup>62</sup>.

### E. Hesap Verme Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi

Hesap verme, yürütülen iş veya işlemin temel süreçleri hakkında ayrıntılı bir raporu ve açıklayıcı bilgileri içermelidir<sup>63</sup>. Salt bir bilgi vermeden daha fazlasını içerir<sup>64</sup>. Basit bir hesap dökümünün ortaya konulması yeterli değildir<sup>65</sup>. Vekil, sadece vekalet incrasıyla ilgili mevcut durum hakkında bilgilendirme veya vekalet verenin münferit sorularını cevaplamaz. Yürütmüş olduğu tüm süreç ve faaliyetlerin sonuçları hakkında genel bir fikir vermelidir<sup>66</sup>. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yapmış olduğu faaliyetlerin temel ayrıntılarını mutad bir şekilde açıklamak zorundadır<sup>67</sup>.

Vekilin tutmuş olduğu kayıt ve belgeleri rapora eklemesi yeterli değildir. Hesap raporu hazırlanırken bu kayıt ve belgelerden yararlanılması<sup>68</sup>, hesap raporundaki

<sup>58</sup> Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Hafner, (n 9) 282. Bkz BGer 4A\_238/2016, 26.07.2016, E 2.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 05.04.2022); BGer 4A\_147/2014, 19.11.2014, E 5.2.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); BGer 4A\_10/2020, 12.05.2020, E 6 (Swisslex, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

<sup>59</sup> Hafner, (n 9) 13.

<sup>60</sup> Hafner, (n 9) 282.

<sup>61</sup> Hafner, (n 9) 281-282.

<sup>62</sup> Hafner, (n 9) 264.

<sup>63</sup> Becker, (n 10) m 400, N 2, 3; Fellmann, (n 1) Art 400, N 27; Weber, (n 1) Art 400, N 4; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; BGE 110 II 181, 183, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022). Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 28c.

<sup>64</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 27.

<sup>65</sup> Zevkililer ve Gökyayla, (n 2) 624.

<sup>66</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 27; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*, Yargıtay Yayınları 1987), 611.

<sup>67</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 27; Weber, (n 1) Art 400, N 4. Bkz Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 1.

<sup>68</sup> Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 8; Sarı, (n 2) 288; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

verilerle anlaşılır bir şekilde bağlantısının kurulması gerekir<sup>69</sup>. Böylece hesap raporundaki veriler bir gerekçeye, dayanağa sahip olacaktır<sup>70</sup>. Hazırlanan hesap raporunun ayrıntılı, anlaşılır ve denetlenebilir olması buna bağlıdır<sup>71</sup>.

Vekalet veren çoğu kez kendi bilgisinin az olması veya hiç olmaması sebebiyle bazı iş veya işlemlerin yapılması için vekile başvurmuştur. Vekil, vekaletin icrası hakkında hesap verirken vekalet verenin eğitim, sosyal, yaş durumunu dikkate alarak anlaşılır bir şekilde hesap vermesi gerekir. Bu kapsamda mümkün oldukça mesleki teknik terimler vekalet verenin anlayabileceği şekilde açıklanmalıdır.

İsviçre doktrini ve yargı uygulamasında hesap verme yükümlülüğünün kapsamının geniş olduğu kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Vekil, vekalet veren hesabına yapmış olduğu iş ve işlemler, bu iş ve işlemler dolayısıyla vekalet veren<sup>73</sup> veya bir üçüncü kişiden almış olduğu şeyler<sup>74</sup> için hesap vermek zorundadır<sup>75</sup>. Hesap verme yükümlülüğünün kapsamı tüm vekalet türleri için aynı değildir. Yürütülen işin veya işlemin niteliğine göre değişir<sup>76</sup>.

Hesap vermenin kapsamı öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Fakat taraflar hesap verme yükümlülüğünün kapsamını yürütülen iş veya işlemin gereği gibi görülüp görülmediğinin denetlenmesini zorlaştıracak şekilde daraltamazlar<sup>77</sup>. Hesap vermenin içeriği mutlaka yürütülen işle ilgili vekalet verene tam bir bilgi sağlamalı ve yürütülen işin gereği gibi görülüp görülmediğini anlamasına yardımcı olmalıdır. Yetersiz hesap raporu vekaletin icrasının denetimini zorlaştırır. Taraflar arasında bu hususta bir düzenleme yoksa hesap verme yükümlülüğünün kapsamı yürütülen işle ilgili teamüle ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir<sup>78</sup>. Ara raporlarda vekaletin yerine getirilme tarzı ve mevcut durum hakkında gerekli bilgiler verilmelidir. Nihai raporda ise daha ziyade yürütülen iş veya yapılan işlemlerin

<sup>69</sup> Bkz Weber, (n 1) Art 400, N 7.

<sup>70</sup> Hafner, (n 9) 291.

<sup>71</sup> Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9.

<sup>72</sup> Becker, (n 10) m 400, N 2; Fellmann, (n 1) Art 400, N 19; Bühler, (n 1) Art 400, N 1; BGE 110 II 181, 183, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022); BGer 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>73</sup> Vekilin vekalet verenden almış olduğu, vekalet verenin imzasını taşıyan belgelerin nerelerde sarf edildiğini, belge asıllarının bulunduğu yerleri bildirmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 13 HD 9163/1004, 22.01.2015 (www.legalbank.net).

<sup>74</sup> Yargıtay 13 HD 15621/11913, 02.05.2016 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 29216/510, 23.01.2020 (lexpera); Yargıtay 13 HD 8406/8816, 25.03.2014 (lexpera).

<sup>75</sup> Yargıtay 13 HD 7271/2192, 16.02.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012; Yargıtay 13 HD 11744/5994, 26.02.2015 (www.legalbank.net); İstanbul BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera). BGE 4C.432/2005, 22.03.2006, E 4.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 14.04.2022).

<sup>76</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 2. Bkz Tandoğan, (n 1) 482.

<sup>77</sup> Federal Mahkeme daraltmayı belirli şartlarla (hesabın ihtilaflı tutara dayanmaması halinde) kabul etmektedir (ZR 97/1998, s. 157, E 2.3 (Entscheid am 08.05.1998 vom BGer bestätigt)). Fakat HAFNER, bu daraltmayı da vekalet verenin sonuçlarını değerlendiremeyeceği bir hukuki durumdan önceden feragat etmesi ve bunun sonucunda hesap üzerindeki denetleme imkanının zayıflamasına neden olabileceği için kabul etmemektedir (Hafner, (n 9) 273).

<sup>78</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 30.

sonuçları hakkında bilgi verilmelidir<sup>79</sup>. Vekilin sunduğu hesap ayrıntılı olmalıdır. Bu hususta görülen işin niteliği ve iş hayatının telakkileri yol göstericidir<sup>80</sup>.

Hesap verme yükümlülüğü vekalet konusu iş veya işlemin görülmesi için vekilin kendi yerine koyduğu her kişinin ve sözleşme yapılan üçüncü kişilerin isimlerinin açıklanmasını içerir<sup>81</sup>. Böylece vekalet veren, vekilin kendi yerine koyduğu kişilere (TBK m. 507/III) ve üçüncü kişilere (TBK m. 509/I) karşı haklarını kullanabilir<sup>82</sup>.

Hesap verme yükümlülüğü, vekalet görevinin ifası için vekilin kendi yerine koyduğu kişiler ve yardımcılarının iş ve eylemlerini de kapsar<sup>83</sup> (karş. TBK m. 507).

Hesap verme yükümlülüğünün konusu ve kapsamı vekalet veren ile vekil arasındaki diğer kişisel ilişkilerden bağımsızdır<sup>84</sup>. Örn; babasının malvarlığını yönetmekle görevlendirilen oğul, tam ve doğru bir şekilde hesap vermekle yükümlüdür.

Hesap verme, vekaletin icrasının doğru, özellikle özenli bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin veya hatalı icra dolayısıyla vekalet verenin tazminat hakkının ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenmesine yardımcı olur<sup>85</sup>. Bu nedenle hesap raporu, vekalet verenin vekilin işi gereği gibi görüp görmediğini kontrol etmesine imkan tanıyacak şekilde net ve ayrıntılı olmalıdır<sup>86</sup>.

## F. Hesap Verme Türleri

### 1. Ara Hesap Verme

Vekilin görece bağımsız bir şekilde iş görmesi özellikle uzun süren işlerde vekalet verenin vekaletin icrası hakkında bilgi sahibi olmasının önemini artırmaktadır. Vekalet veren vekilin vereceği bilgilerle vekaletin icrasını denetleyebilir, yeni talimatlar verebilir. Bu nedenle vekaletin icrası esnasında verilen ara hesaplar önemli rol oynamaktadır<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 30.

<sup>80</sup> Becker, (n 10) m 400, N 3. Bkz Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 88.

<sup>81</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 31; Tandoğan, (n 1) 482.

<sup>82</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 31. Bkz Becker, (n 10) m 400, N 2.

<sup>83</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 8; Gümüş, (n 2) Özen, 177.

<sup>84</sup> Derendinger, (n 1) N 129; Fellmann, (n 1) Art 400, N 17; BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022). Bkz Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9. Bkz Yarg 8. HD E 2015/14864, K 2015/22962, T 22.12.2015 (lexpera); Yargıtay 13 HD 15802/16576, 28.05.2014 (lexpera).

<sup>85</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22d; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115; Sarı, (n 2) 287; BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022).

<sup>86</sup> Weber, (n 1) Art 400, N 8; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Sarı, (n 2) 287; Gümüş, Borçlar, (n 1) 177; Eren, (n 2) 735. Bkz Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 88, 90; BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>87</sup> Bkz Velidedeoğlu ve Özdemir, (n 66) 611.



Vekalet veren, vekalet görevinin icra edildiği sırada, bazı talimatlarının yerine getirilmesinden sonra veya belirli zaman aralıklarında vekilin o zamana kadar yaptığı işler hakkında hesap vermesini isteyebilir<sup>88</sup>. Taraflar yapacakları bir anlaşmayla hangi zaman aralıklarında hesap verileceğini kararlaştırabilir<sup>89</sup>. Bu kapsamda vekalet veren, vekilin yürüttüğü iş veya işlemlerle ilgili bir ara rapor, elde edilen ve sarfedilen malvarlığı değerleriyle ilgili bir ara hesap tablosunun verilmesini isteyebilir<sup>90</sup>. Ara raporların nihai raporlar kadar ayrıntılı olmasına gerek yoktur<sup>91</sup>.

Ara hesap, vekalet verene vekaletin icrasını kontrol etme ve akabinde vekaletin icrasıyla ilgili vereceği talimatları sağlıklı bir şekilde verebilme imkanı sağlar. Vekilin vekaleti gereği gibi yerine getirip getirmediği ancak bu sayede anlaşılabilir. Bu yönüyle ara hesap, vekaletin özenli bir şekilde yerine getirilmesine hizmet ettiği için vekaletin icrasını tamamlar<sup>92</sup>. Vekalet veren, vekaletin icrasıyla ilgili çok önemli eksiklikler tespit etmişse duruma göre vekili azledebilir veya yerine getirmesi için yeni talimatlar verebilir. Bu yüzden bu hakların kullanılmasına imkan sağlayacak düzeyde ayrıntılı bir hesap verilmelidir.

Vekalet verenin talebi olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan bir ara hesap verme yükümlülüğünün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, vekilin kendiliğinden ortaya çıkan bir ara hesap verme yükümlülüğünün olduğunu ileri sürmektedir<sup>93</sup>. Doktrindeki diğer görüş ise vekalet hukukunda genel olarak kendiliğinden bir ara hesap verme yükümlülüğü türetilmeyeceğini ileri sürmektedir<sup>94</sup>. Kanaatimizce de ancak taraflarca kararlaştırıldığı veya özel bir kanun hükmünün öngördüğü durumlarda ara hesap verme yükümlülüğü ortaya çıkabilir. Bunun dışındaki durumlarda vekaletin türüne göre ara hesap vermenin mutad olduğu gerekçesiyle kendiliğinden bir ara hesap verme yükümlülüğü türetilemez<sup>95</sup>. Ancak vekilin diğer yükümlülüklerinden doğan sınırlı bir hesap verme yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu hesap vermenin kapsamı TBK m. 508/I'deki hesap vermeye göre oldukça sınırlıdır. Özellikle vekil, aldıklarını teslim etme yükümlülüğünü yerine

<sup>88</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 64. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 28b.

<sup>89</sup> Hafner, (n 9) 257; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera).

<sup>90</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 29, 65; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 1a.

<sup>91</sup> Bir Zürih Denetim Komisyonu (Aufsichtskommission) kararında (AKE 91206 vom 07.11.1991) vekalet verenin ek talebi üzerine ayrıntılı bir ara raporun düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir (aktaran, Hafner, (n 9) 258.). Fakat HAFNER, bunun yalnızca talebin iki kere ve açık bir şekilde yapıldığı durumlarda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Hafner, (n 9) 258).

<sup>92</sup> Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 22b; Tandoğan, (n 1) 481; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera).

<sup>93</sup> Tandoğan, (n 1) 480; Eren, (n 2) 736. Aynı yönde bkz Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera). TANDOĞAN, komisyoncunun bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen hükmün kıyasen burada da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Tandoğan, (n 1) 480).

<sup>94</sup> Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Hafner, (n 9) 257; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 8. Müller-Chen, Girsberger ve Furrer'e göre; ara hesap verme yükümlülüğünün ortaya çıkıp çıkmadığı taraflar arasındaki anlaşmaya veya somut olaya bağlıdır (Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 90).

<sup>95</sup> Bkz Hafner, (n 9) 257, 262.

getirirken genel sadakat ve özen yükümlülüğü kapsamında sınırlı ölçüde de olsa vekalet verene bir hesap verir<sup>96</sup>.

## 2. Son Hesap Verme

Son hesap, vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra vekilin vermesi gereken hesaptır.

Son hesap konusunda doktrinde hakim görüş, hesap verme yükümlülüğü kapsamında vekalet verenin talebi olmadan da vekilin bu hesabı vermesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>97</sup>. Bu görüşe göre; bu hesabın verilmesiyle vekalet ilişkisinin tasfiyesi hızlanmakta ve bu durum vekalet verenin yararınadır. Vekalet verenin mali yararları doğrudan etkilendiği için talep olmaksızın son raporun verilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Fakat kanaatimizce bu yükümlülüğün dayanağı TBK m. 508 (Art. 400 OR)'e dayandırılmaz. Çünkü TBK m. 508'in lafzı tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır. Bu sebeple TBK m. 508'deki hesap verme yükümlülüğü ancak vekalet verenin talebi üzerine doğabilir. Kendiliğinden ortaya çıkan son hesap verme yükümlülüğü ancak TBK m. 506/II'deki sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanabilir. Vekalet verenin talebi olmadan verilmesi gereken bu hesabı vekil, çok genel hatlarıyla ayrıntı içermeyen, kısa, basit bir raporla verebilir<sup>99</sup>. Vekil, bu hesabı yazılı veya sözlü istediği şekilde verebilir. Vekalet veren ayrıntılı bir hesap istiyorsa vekilden TBK m. 508/I kapsamında ayrıntılı bir hesap vermesini talep etmelidir.

## G. Hesap Verme Yükümlülüğünün Sınırları

Hesap verme yükümlülüğünün kapsamı geniş olsa da sınırsız değildir. Hesap verme yükümlülüğünün kapsamı taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmişse vekil, kararlaştırılan şekilde hesap verme yükümlülüğünü yerine getirecektir<sup>100</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmede hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle ilgili herhangi bir düzenleme yoksa hesap verme yükümlülüğünün sınırı dürüstlük kuralına göre belirlenir<sup>101</sup>.

Hesap sorma hakkı, amaca aykırı kullanılıyorsa veya vekalet verenin korunmaya değer bir yararına yönelik olarak kullanılmıyorsa burada dürüstlük kuralına aykırılık

<sup>96</sup> Hafner, (n 9) 260.

<sup>97</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 67; Weber, (n 1) Art 400, N 20; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Hafner, (n 9) 256; Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 624; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 8; Sarı, (n 2) 288. Bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net).

<sup>98</sup> Hafner, (n 9) 256.

<sup>99</sup> Bkz. Fellmann, (n 1) Art 400, N 68.

<sup>100</sup> Hesap verme yükümlülüğünün kapsamının sözleşmeyle daraltılmasının sınırları için bkz III, E.

<sup>101</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 78; Bühler, (n 1) Art 400, N 3; BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGER 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

söz konusu olabilir<sup>102</sup>. Örneğin; çok kısa zaman aralıklarında istenen veya vekalet verenin haklı bir menfaatini karşılamadığı halde detaylı ve kapsamlı bir araştırmayı gerektiren bilgi alma talepleri dürüstlük kuralına aykırıdır<sup>103</sup>.

Vekil, çok ayrıntılı hesap vermek zorunda değildir<sup>104</sup>. Örneğin; yapmış olduğu her kısmi edim için harcadığı zamanı ayrı ayrı belirtmek zorunda değildir<sup>105</sup>. Kesin olarak bilinen olaylar hakkında bilgi verme zorunluluğu yoktur<sup>106</sup>.

Verilecek bilgilerin çok fazla masraf veya zamanı gerektirmesi tek başına hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemeye gerekçe olamaz<sup>107</sup>. Verilecek bilgiler için çok fazla masraf veya zaman gerekiyorsa vekil, sarf edeceği masraf ve zamana karşılık olarak uygun bir miktarın önceden verilmesini isteyebilir. Fakat vekil, vekalet görevini icra ederken ihmal göstererek gerekli bilgi ve belgeleri almaması, hesabı düzgün tutmaması nedeniyle işler artmışsa söz konusu işler için ek ücret talep edemez<sup>108</sup>.

Toplantı ve telefon görüşmelerinin yapıldığı ilgili kişilerin bilgilerinin verilmesi gerekli değildir<sup>109</sup>. Ayrıca bu görüşme içerikleri vekaletin icrasıyla ilgili çok önemli bilgiler içermiyorsa vekil bunları açıklamak zorunda değildir.

Vekaletin icrası sona erdikten sonra vekalet verenin hesap sorma hakkını kullanmayacağını gösteren davranışlarda bulunduktan (örn; vekaletin icrasını beğendiğini söylemesi) çok uzun bir süre geçtikten sonra hesap sorma hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırıdır. Verilen hesap raporunun uzun bir süre geçtikten sonra kontrol edilmesi ve raporda bazı hususlara itiraz edildiği durumlarda da dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olacaktır<sup>110</sup>.

Vekil, vekaletin icrası için tutmuş olduğu bazı notları, hazırlık çalışmaları, taslakları, kendisi için tutmuş olduğu defteri vermek zorunda değildir<sup>111</sup>.

<sup>102</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 78.

<sup>103</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 80; Weber, (n 1) Art 400, N 8. Çok kısa zaman aralıklarında kullanılan hesap sorma hakkının güveni zedelediği yönünde bkz Yargıtay 13 HD 11608/75616, 07.03.2012 (www.legalbank.net).

<sup>104</sup> Bkz Weber, (n 1) Art 400, N 8.

<sup>105</sup> Becker, (n 10) m 400, N 3.

<sup>106</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 25b.

<sup>107</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 81.

<sup>108</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 81.

<sup>109</sup> Hafner, (n 9) 282.

<sup>110</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 83; Bühler, (n 1) Art 400, N 3. BGER 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2, 3.2.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>111</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 7e; Weber, (n 1) Art 400, N 12; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 3a; Sarı, (n 2) 293-294; BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022). BÜHLER, vekalet verenin meşru menfaatini ispatladığında uygun yollarla (inceleme izni verme, kopyaların teslimi) bunların içerikleri hakkında bilgilendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Bühler, (n 1) Art 400, N 2). İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu tür belgelerden vekilin faaliyetlerini kontrol etmek için gerekenlerin uygun bir şekilde vekalet verene sunulması gerektiğini belirtmektedir (BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022)).

Hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesinin saklı kalması gereken meslek sırlarının ifşasına neden olduğu durumlarda bu ifşayı önleyecek ölçüde hesap verme yükümlülüğü sınırlandırılabilir<sup>112</sup>.

Vekalet veren, vekalet ilişkisinin sona ermesinin üzerinden çok uzun bir süre geçtikten sonra edinilmesi zahmetli ve uzun bir zaman harcamayı gerektiren bir bilgi talep ediyorsa bu hususta hukuki yararını ispatlamalıdır<sup>113</sup>.

### III. Vekilin Hesap Verme Yükümlülüğü İle İlişkili Diğer Yükümlülükleri

#### A. Kayıt Tutma ve Belgeleri Muhafaza Etme Yükümlülüğü

Vekil, vekaleti icra esnasında üçüncü kişilerden birtakım belgeler almaktadır. Bazı durumlarda da vekaletin icrasıyla ilgili gerçekleşen olguların kaydının tutulması gerekmektedir. Vekil almış olduğu belgeleri özenle muhafaza etmekle yükümlüdür<sup>114</sup>. Hesap verme yükümlülüğünün içerisinde yer alan muhasebe tutma yükümlülüğü ile kayıt tutma yükümlülüğü belirli yönleriyle kesişmektedir. Fakat kayıt tutma yükümlülüğü, muhasebe tutma yükümlülüğünden daha geniş olup, maddi değerlere ilişkin girdi ve çıktılardan dışındaki olayların kaydının tutulmasını da içerir.

Vekaletin icrası, bir malvarlığının idaresiyle ilgiliyse veya vekaletin icrasıyla çeşitli malvarlığı değerleri hakkında tasarruf işlemleri yapılıyorsa bir defter tutulması gerekmektedir<sup>115</sup>. Doktrinde bir görüş, belgeleri muhafaza etme ve vekaletin icrasıyla ilgili kayıt tutma yükümlülüğünün hesap verme yükümlülüğünden kaynaklandığını ileri sürmektedir<sup>116</sup>. Fakat bu yükümlülüğün kaynağı vekilin sadakat ve özen yükümlülüğüne dayanmaktadır<sup>117</sup>. Vekilin bu belgeleri muhafaza etme ve vekaletin icrasıyla ilgili kayıtları tutma yükümlülüğü hesap verme yükümlülüğünden bağımsız, vekalet verenin talebi olmaksızın vekilin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. Vekalet veren, vekilden hesap vermesini istemese de vekil, tutmuş olduğu kayıtları, sadakat ve özen yükümlülüğü; vekaletin icrasıyla ilgili olarak aldığı belgeleri ise aldıklarını geri verme yükümlülüğü kapsamında vekalet verene geri vermek

<sup>112</sup> Weber, (n 1) Art 400, N 5. Bkz BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>113</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 100.

<sup>114</sup> Yargıtay 13 HD 11608/75616, 07.03.2012; Yargıtay 13 HD 9163/1004, 22.01.2015; Yargıtay 13 HD 32972/13007, 21.12.2017; Yargıtay 13 HD 37133/5014, 25.04.2018 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 24227/9556, 15.04.2013 (lexpera).

<sup>115</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 45.

<sup>116</sup> Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Gümüş, Borçlar, (n 1) 177; Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 624.

<sup>117</sup> Özen yükümlülüğüne dayandığı yönünde bkz Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 2, 116. Vekilin bu yükümlülüğe aykırı davrandığında vekalet verenin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceği yönünde bkz Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 624. Vekalet sözleşmesinde tarafların her zaman herhangi bir neden belirtmeksizin sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakları bulunmaktadır (TBK m 512). Vekilin söz konusu yükümlülüğe aykırı davranması vekalet verenin kullanacağı fesih hakkına haklı bir neden oluşturabilir.

zorundadır. Bu belge ve kayıtların hesap verme yükümlülüğü ile ilişkisi hesap verme yükümlülüğünün özenli, gereği gibi yerine getirilmesinde kendini gösterir<sup>118</sup>.

Belgelerin önemi özellikle vekilin vekaletin icrasıyla ilgili yaptığı giderler ve yüklendiği borçlar açısındandır. Belgeler söz konusu gider ve borçların gerçekten yapıp yapılmadığının anlaşılmasına yardımcı olur. Yapılan giderlerin belgelendirilmesi mutad ise vekil, yaptığı giderler (örn; ulaşım, konaklama, beslenme masrafları) için makbuz, fiş talep etmelidir<sup>119</sup>. Bu tür belgelerin sunulmaması ancak istisnai durumlarda mümkün olabilir. Uygulamada bu istisna genellikle sadece küçük miktarda işler için geçerli olacaktır<sup>120</sup>.

Sarfıyatlarla ilgili üçüncü kişilerden alınan herhangi bir belge yoktur. Sarfıyatlar para dışındaki şeylerin kullanımı veya harcanması olarak tanımlanabilir. Sarfıyatlarla ilgili sadece vekilin tuttuğu kayıtlardan bilgi alınabilir<sup>121</sup>. Sarfıyatlarla ilgili hazırlanan belge vekilin sarfıyat başlığı altında sarf ettiği şeylerin salt bir tablosundan ibarettir. Bu tabloda sarfıyatlar ayrı ayrı listelenmelidir. Bu tabloyla vekil, bir yandan hesap raporunun ayrıntılı olmasını sağlarken; diğer yandan sarf edilen şeylerin miktarını ispatlayabilir<sup>122</sup>. Alınan bu belgeler ve tutulan kayıtlar, faturada yer alan unsurların doğrulanmasını sağlar<sup>123</sup>.

Vekil, belgeleri kaybetmişse vekalet verene bu durumu bildirmeli<sup>124</sup> ve varsa kopyalarını derhal vekalet verene göndermelidir. Belgelerin içeriğine hiçbir şekilde ulaşamadığı durumlarda üçüncü kişilerden gelen bilgileri de kullanarak, hatırladığı ölçüde içerik hakkında bilgi vermelidir<sup>125</sup>.

## B. Aldıklarını Teslim Etme Yükümlülüğü

Vekilin vekaletin icrası sebebiyle aldıklarını teslim etme yükümlülüğü ile hesap verme yükümlülüğü arasında çok yakın bir ilişki vardır<sup>126</sup>. Nitekim bu yükümlülükler TBK m. 508/I'de birlikte düzenlenmiştir<sup>127</sup>.

Vekilin aldıklarını teslim etme yükümlülüğü sadece vekaletin sona ermesinden sonra ortaya çıkan bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük vekaletin icrası esnasında

<sup>118</sup> Hafner, (n 9) 263. Bkz Weber, (n 1) Art 400, N 7; BGER 4A\_137/2015, 19.08.2015, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Bkz III, E.

<sup>119</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 46; Hafner, (n 9) 293-294.

<sup>120</sup> Hafner, (n 9) 294. Bkz BGE 110 II 181, 183, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022).

<sup>121</sup> Hafner, (n 9) 294.

<sup>122</sup> Hafner, (n 9) 294; BGER 4A\_137/2015, 19.08.2015, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>123</sup> Hafner, (n 9) 295.

<sup>124</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 28.

<sup>125</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 28, 38. Bkz Bühler, (n 1) Art 400, N 2.

<sup>126</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22a, 38c; BGE 4C. 432/2005, 22.03.2006, E 4.2 (Swisslex Erişim Tarihi: 14.04.2022).

<sup>127</sup> Art 400 OR (TBK m 508)'de sadece hesap verme yükümlülüğü düzenlenmediği için madde kenar başlığının çok dar olduğu yönünde bkz Weber, (n 1) Art 400, N. 1. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 38c.

dahi ortaya çıkabilir<sup>128</sup>. Vekil, vekaletin icrası için artık gerekli olmayan şeyleri derhal vekalet verene vermekle yükümlüdür<sup>129</sup>. Bu kapsamda vekaletin icrası için vekalet verenden aldığı veya vekaletin icrası esnasında üçüncü kişilerden almış olduğu belgeler (senet, makbuz vb.) vekaletin icrası için artık gerekli değilse bunları vekalet verene teslim etmek zorundadır<sup>130</sup>. Teslim edilecek bu belgelerin kopyaları değil, asılları teslim edilmelidir<sup>131</sup>. Bu belgeler vekaletin icrası için gerekliyse belgelerin kopyaları çıkarılmalı ve bu kopyalar posta yoluyla veya elektronik yöntemlerle (örn; e-mail veya belgelerin fotoğraflarının gönderilmesi yoluyla) vekalet verene derhal gönderilmelidir<sup>132</sup>. Vekalet verenin vekile birden fazla hukuki işlem için yetki verdiği ve bir hukuki işlem sonucu elde edilen malvarlığı değerlerinin diğer hukuki işlemlerde de kullanılacağı durumlarda vekilin aldıklarını teslim etme yükümlülüğü söz konusu malvarlığı değerleri bakımından yoktur. Fakat vekalet ilişkisi sona ermişse vekilin vekaletin icrası sebebiyle elde etmiş olduğu her şeyi vekalet verene teslim etmesi gerekmektedir.

Vekilin aldıklarını teslim etme yükümlülüğü, sadece vekalet veren tarafından vekile verilen şeyleri kapsamaz. Vekaletin icrası esnasında üçüncü kişilerden alınan şeyler de bu kapsamdadır<sup>133</sup>. Vekil, vekaletin icrası esnasında üçüncü kişilerden almış olduğu belgeleri (senet, makbuz, vb.) bu yükümlülük kapsamında derhal vekalet verene vermek zorundadır. Vekilin söz konusu belgeleri vekalet verene teslim etme yükümlülüğü hesap verme yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkan bir yükümlülük değildir<sup>134</sup>.

Vekil, vekalet verene karşı aldıklarını teslim etme yükümlülüğünü yerine getirirken belirli ölçüde hesap da verir<sup>135</sup>. Vekil, aldığı şeyleri teslim ederken ne zaman ve kimden aldığını, vekalet verene açıklamak zorundadır<sup>136</sup>. Fakat verilen bu hesap yeterli olmazsa vekalet veren TBK m. 508/I kapsamında daha ayrıntılı bir hesap isteyebilir. TBK m. 508/I kapsamında hazırlanan hesap raporu, vekilin aldıklarını teslim etme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesine yardımcı olur<sup>137</sup>. Böylece

<sup>128</sup> Weber, (n 1) Art 400, N 11; Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 625.

<sup>129</sup> Hafner, (n 9) 260. Bkz Weber, (n 1) Art 400, N 15; Sarı, (n 2) 291, 294.

<sup>130</sup> Weber, (n 1) Art 400, N 12; BGE 4C.125/2002, 27.09.2002, E 3.3.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 14.04.2022).

<sup>131</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 3; Gautschi, (n 1) Art 400, N 7e; Fellmann, (n 1) Art 400, N 37; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1210; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 8. Aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 7e.

<sup>132</sup> Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 7e; Velidedeoğlu ve Özdemir, (n 66) 611.

<sup>133</sup> Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 625; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1210; Gümüş, Özen, (n 2) 175-176; Gümüş, Borçlar, (n 1) 175; Sarı, (n 2) 291. Fakat vekil, kendisi için tutmuş olduğu defter, taslaklar, hazırlık çalışmalarını teslim etmek zorunda değildir. Bu hususta bkz III, G.

<sup>134</sup> Aksi yönde Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); İstanbul BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>135</sup> Hafner, (n 9) 260. Bkz Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera). Avukatlık sözleşmesiyle ilgili olarak bkz Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>136</sup> Bkz Tandoğan, (n 1) 481. Bu hesap verme TANDOĞAN tarafından 'dar anlamda hesap verme yükümlülüğü' olarak adlandırılmıştır (Tandoğan, (n 1) 481).

<sup>137</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22e, 27b, 28a; Sarı, (n 2) 287.

vekalet veren, vekilden talep edebileceği şeyleri öğrenmiş olur<sup>138</sup>. Bu yönüyle hesap verme, vekilin aldıklarını geri verme borcunun hazırlanmasını<sup>139</sup>, doğru bir şekilde yerine getirilmesini sağlar<sup>140</sup>. Ayrıca vekilin aldıklarını teslim etme borcunun ifasını gereği gibi yerine getirip getirmediğinin denetimini sağlar<sup>141</sup>.

Hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, vekalet verenin vekile yönelteceği vekaletin icrası sebebiyle elde edilen değerlerin verilmesini isteme talebine dayanak oluşturacak kanıtları sağlar<sup>142</sup>.

Vekil, mali değeri olan bazı şeyleri hapis hakkı çerçevesinde elinde tutabilir iken; mali değeri olmayan belgeleri her halükarda vekalet verene vermek zorundadır<sup>143</sup>.

Sözleşmenin devamı esnasında hesap verme borcu yerine getirilmeden vekilin aldıklarını teslim etme borcu için zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz<sup>144</sup>.

### C. Talimatlara Uyuma Yükümlülüğü

Vekil, vekaleti vekalet verenin talimatları doğrultusunda yerine getirir. Vekil, hizmet sözleşmesindeki işçiden farklı olarak daha bağımsız konumdadır. Vekaleti icra ederken özerk bir alanı vardır. Bu özerkliğin bir sonucu olarak vekalet kapsamında görülen işin organizasyonu ve görüleceği yer bakımından vekalet verenin talimat hakkı sınırlanmıştır<sup>145</sup>.

Vekalet veren, vekaletin icrasına ancak talimatlarıyla yön verebilir. Talimatlarıyla vekaletin icrasının arzusuna göre olmasını sağlayabilir. Fakat vekilin özerk bir alanı mevcut olduğu için her an talimat verme imkanından yoksundur. Vekilin hizmet sözleşmesindeki işçi gibi bağımlı bir konumda olmaması sebebiyle işi gereği gibi görüp görmediğinin denetlenmesi zorlaşmaktadır<sup>146</sup>. Vekalet verenin doğru ve isabetli talimatlar verebilmesi için vekaletin icrası hakkında bilgi sahibi olması gerekir. İşte

<sup>138</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 27b, 28d; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115; Fellmann, (n 1) Art 400, N 15; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022). Bkz BGER, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>139</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 28d. Bkz BGER, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net).

<sup>140</sup> Becker, (n 10) m 400, N 1; Fellmann, (n 1) Art 400, N 60. Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 22b, 27b, 38c; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 1; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>141</sup> BGER, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022).

<sup>142</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 30b.

<sup>143</sup> Bucher, (n 24) § XII, 231; Weber, (n 1) Art 400, N 19; BGE 122 IV 322, 21.11.1996, E 3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 10.04.2022).

<sup>144</sup> Yargıtay 13 HD 11608/75616, 07.03.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 32972/13007, 21.12.2017; Yargıtay 13 HD 37133/5014, 25.04.2018 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 15621/11913, 02.05.2016 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 24256/5409, 06.03.2013 (lexpera). Yargıtay 13 HD 29216/510, 23.01.2020 (lexpera); Yargıtay 13 HD 8406/8816, 25.03.2014 (lexpera).

<sup>145</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 157.

<sup>146</sup> Bkz Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 87.

vekalet veren, ancak TBK m. 508'in kendisine vermiş olduğu hesap sorma hakkını kullanarak vekaletin icrası hakkında bilgi sahibi olabilir<sup>147</sup>. Vekil, vekalet verenin talebi üzerine hazırlayacağı ara raporda o ana kadar yapmış olduğu işlerin bir özeti sunar. Verilen hesap vekalet verenin talimat verme hakkını doğrudan etkilememektedir. Bu sebeple verilen hesap, vekalet verenin talimat verme hakkını kullanmasını sağlayacak ayrıntıda ve yeterlilikte olmalıdır<sup>148</sup>. Vekalet veren bu ara rapora göre vekaletin icrasıyla ilgili farklı talimatlar verebilir. Özellikle bankacılıkta gönderilen ara hesap raporlarıyla müşteri (vekalet veren) hesabının durumunu öğrenebilir ve bir tasarrufta bulunabilir<sup>149</sup>. Durumdan memnunsu vekaletin aynı şekilde icrasına devam edilmesini isteyebilir.

Vekaletin yerine getirilmesinden sonra hazırlanan son raporun vekilin talimat hakkına herhangi bir etkisi yoktur. Çünkü vekalet konu iş yerine getirilmiş, vekaletin icrasıyla ilgili vekalet verenin talimat verme imkanı kalmamıştır.

Vekilin vekalet görevinin devamı esnasında yerine getirdiği hesap verme yükümlülüğü birçok yönden önem taşır. Şöyle ki bu aşamada yerine getirilen hesap verme yükümlülüğü, vekilin vekalet görevini vekalet verenin talimatlarına uygun bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol etmeye yarar<sup>150</sup>. Bunun dışında vekalet verenin uygulanan talimatının yarattığı sonuçlara göre vereceği yeni talimatların içeriğini belirleme noktasında önemli bir destek sağlar<sup>151</sup>. Ayrıca vekalet veren verilen hesaba göre vekili azledip azletmeyeceği hakkında bir karar verebilir<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022). Bkz Tandoğan, (n 1) 446; Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 87.

<sup>148</sup> Becker, (n 10) m 400, N 1; Gümüş, Özen, (n 2) 177.

<sup>149</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23c.

<sup>150</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22d; Fellmann, (n 1) Art 400, N 14, 35; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 1; Tandoğan, (n 1) 480; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 4; Sari, (n 2) 287; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera); BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022); BGER 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2

<sup>151</sup> Oser ve Schönenberger, (n 1) Art 400, N 2; Gautschi, (n 1) Art 400, N 22d; Derendinger, (n 1) N 131; Fellmann, (n 1) Art 400, N 14, 61; Tandoğan, (n 1) 446, 480; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115; Hafner, (n 9) 194, 195; BGER 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>152</sup> Derendinger, (n 1) N. 131; Bühler, (n 1) Art. 400, N. 2; Tandoğan, (n 1) 480; Hafner, (n 9) 203; Sari, (n 2) 287; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); BGER 4A\_144/2012, 11.09.2012, E 3.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera). Bkz Gümüş, Özen, (n 2) 177.



## IV. Vekilin Hesap Verme Yükümlülüğü İle İlişkili Hakları

### A. Genel Olarak

Hesap verme yükümlülüğü, vekilin bazı haklarıyla bağlantılı ve bunları önemli ölçüde etkilemektedir<sup>153</sup>. Vekil, hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmeden bu haklarını vekalet verene karşı ileri sürdüğünde vekalet veren, borçlarını ifa etmekten kaçınabilir<sup>154</sup>.

### B. Yapılan Giderlerin Ödenmesini, Uğranılan Zararların Giderilmesini ve Üstlenilen Borçlardan Kurtarılmasını İsteme Hakkı

Vekil, vekaletin icrası esnasında bazı giderler yapmakta ve bazen borç altına girmektedir. Bazen de vekaleti icra ettiği esnada zarara uğrayabilmektedir. Bunlardan dolayı vekilin vekalet verene karşı bazı alacak hakları ortaya çıkabilir. Hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, söz konusu hakların kapsamının belirlenmesine yardımcı olur<sup>155</sup>.

Vekil, vekaletin gereği gibi ifası için yapmış olduğu giderlerin ödenmesini ve yüklendiği borçlardan kurtarılmasını isteyebilir<sup>156</sup> (TBK m. 510/I). Bu kapsamda vekalet veren her giderden değil sadece gerekli ve ölçülü bir şekilde yapılan giderlerin ödenmesinden sorumludur<sup>157</sup>. Vekilin yapmış olduğu giderlerin, yüklendiği borçların ‘gereği gibi ifa’ kapsamında yapılıp yapılmadığının tespitinde hesap raporu yol göstericidir<sup>158</sup>. Vekilin yaptığı sarfiyatın uygunluğunun (gereklilik ve orantılılık açısından) denetlenmesini sağlayacak tüm bilgilerin verilmesi gerekmektedir<sup>159</sup>. Vekil bu giderlerin neden ve ne zaman yapıldığını ve miktarını mutlaka vekalet verene açıklamalıdır. Yüklenilen borçlar bakımından da borçlanılan kişinin kimliği bildirilmelidir. Böylece vekalet veren, vekili borçtan kurtarabilecektir<sup>160</sup>. Ayrıca borçlar bakımından borcun yüklenildiği tarih, nedeni ve miktarı mutlaka açıklanmalıdır<sup>161</sup>. Nakit giderler ve sarfiyatların ayrı ayrı listelenmesi ve ücretten ayırt edilmesi gerekir<sup>162</sup>. Vekalet veren ancak bu sayede yapılan gider ve yüklenilen

<sup>153</sup> Weber, (n 1) Art 400, N 8.

<sup>154</sup> Bkz Hafner, (n 9) 247.

<sup>155</sup> Karş Becker, (n 10) m 400, N 1.

<sup>156</sup> BGer 4A\_429/2014, 20.07.2015, E 6.2.1 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi sonuca yönelik bir sözleşme olmadığı için yapılan giderin fiilen yarar sağlayıp sağlamaması önemli değildir. Giderin vekaletin özenli icrası açısından objektif olarak yapılmasının gerekli olması yeterlidir (Gümüş, Borçlar, (n 1) 183).

<sup>157</sup> Hafner, (n 9) 294.

<sup>158</sup> Hafner, (n 9) 288. Bkz Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 90.

<sup>159</sup> Hafner, (n 9) 294; Yargıtay 13 HD 14082/17323, 04.07.2012 (www.legalbank.net).

<sup>160</sup> Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Yavuz, Temsil, (n 8) 167.

<sup>161</sup> Yapılacak masraf ve yüklenilecek borçların miktarının çok fazla olduğu durumlarda vekilin sadakat ve özen yükümlülüğü gereği bu durum önceden vekalet verene bildirilmelidir.

<sup>162</sup> Hafner, (n 9) 290.

borçların gerekli ve orantılı olup olmadığını denetleyebilir<sup>163</sup>. Bu da ayrıntılı ve şeffaf bir hesapla mümkündür<sup>164</sup>.

Vekalet veren, TBK m. 510/I kapsamında sadece doğrudan vekaletle ilgili giderleri ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple genel masrafa dahil olan giderler (örn; araç masrafları, işçi ücretleri vb.) aksi kararlaştırılmadıkça TBK m. 510/I'in kapsamına girmez<sup>165</sup>. Vekilin vereceği hesapla doğrudan vekaletle ilgili giderler, genel giderlerden kolayca ayrılacaktır<sup>166</sup>.

Giderlerin ödenmesine ilişkin talep kural olarak önceden ayrıntılandırılmalıdır. Her bir nakit gider ve sarfiyat kaleminin ayrı ayrı belirtilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra destekleyici belgelerle ortaya bir gerekçe sunulmalıdır<sup>167</sup>.

Vekil, vekaleti icra ederken vekaletin icrasıyla ilgili uğramış olduğu zararların giderilmesini vekalet verenden isteyebilir. Fakat vekalet veren meydana gelen zararda kusurunun olmadığını ispatlarsa söz konusu zararı tazmin etmekle yükümlü değildir<sup>168</sup>. Vekaletin icrasıyla ilgili her zarardan vekalet veren sorumlu olmaz. Vekalet veren sadece vekaletin icrasıyla ilgili uygun illiyet bağı içerisinde olan zararları tazmin etmekle yükümlüdür<sup>169</sup>.

Vekilin uğradığı zararların tazmin edilmesinde de hesap verme yükümlülüğü önemli bir rol oynar. Vekil, uğradığı zararın nasıl gerçekleştiğini ve zararın miktarını vekalet verene bildirmek zorundadır. Vekalet veren ancak bu sayede ortaya çıkan zararın vekaletin icrasıyla ilgili uygun bir illiyet bağı içerisinde olup olmadığını görebilir. Yine vekalet veren verilen bu hesap sonucunda somut olaya göre kusursuzluğunu ispatlayarak tazminat borcundan kurtulabilir.

### C. Ücret Ödenmesini İsteme Hakkı

Vekalet sözleşmesinde ücret, sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi değildir. Ücret, sadece tarafların kararlaştırması durumunda veya teamül varsa söz konusu olabilir (TBK m. 502/III). Taraflar vekaletle konu işin yapılması karşılığında bir ücretin ödeneceğini kararlaştırmış fakat ücretin miktarını kararlaştırmamış olabilir. Bu durumda ücretin miktarının belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümünde vekilin hesap verme yükümlülüğü önemli rol oynar. Şöyle ki verilen

<sup>163</sup> Hafner, (n 9) 288.

<sup>164</sup> Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Hafner, (n 9) 290.

<sup>165</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 183.

<sup>166</sup> Hafner, (n 9) 290.

<sup>167</sup> Hafner, (n 9) 290. Bkz Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 8.

<sup>168</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 185.

<sup>169</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 185.

hesap sonucunda vekilin yapmış olduğu işler ayrıntılı bir şekilde ortaya çıkacak ve vekilin sarfettiği emek ve çabaya göre alması gereken ücret belirlenebilecektir<sup>170</sup>.

Vekalet sözleşmesinde ücret miktarının belirlenmesi bazen sözleşmede kararlaştırılan ölçütlere göre yapılmaktadır. Bu ölçütler, görülen işin değerinin belirli bir oranı, harcanan zamanın miktarı veya görülen işteki başarı olabilir<sup>171</sup>. Ücretin miktarının belirlenmesinde bu ölçütlerin kararlaştırıldığı durumlarda yine vekil tarafından sunulan hesabın önemi büyüktür. Yapılan işin değeri ancak söz konusu işin ayrıntılı olarak açıklanmasıyla belirlenebilir. Ücretin zamana göre belirlendiği durumlarda çalışılan zaman ve bu zaman biriminin karşılığı ücretin gösterilmesiyle ücretin miktarı belirlenebilir. Ücretin zamana göre kararlaştırıldığı durumlarda ayrıca ücretin hesaplanmasını belirleyen belge ve kayıtların hesaba eklenmesi gerekmektedir<sup>172</sup>. Ücretin başarıya göre belirlendiği durumlarda da başarının ortaya çıkıp çıkmadığı verilen hesaba göre belirlenebilir.

Vekilin ücret alacağına akıbeti bir yönüyle vekalet konusu işin gereği gibi ifa edilip edilmediğine bağlıdır. Vekilin vekaleti gereği gibi ifa etmediği fakat vekalet verenin zarara uğramadığı durumlarda vekilin ücret alacağı azaltılarak edimler arasında denge sağlanmaya çalışılır<sup>173</sup>. Hesap raporu, vekaletin gereği gibi ifa edilip edilmediğini kontrol etmeye yarar<sup>174</sup>.

Vekilin vekalet konu işi gereği gibi ifa etmeyip, vekalet vereni zarara uğrattığı durumlarda ise vekilin ücret alacağı etkilenmez. Fakat vekalet verene karşı tazminat borcu ortaya çıkar<sup>175</sup>. Bu tazminat borcunun miktarının belirlenmesinde yine vekilin ortaya koyduğu hesap raporunun önemli bir etkisi vardır<sup>176</sup>.

## V. Hesap Verme Yükümlülüğünün Yerine Getirilme Zamanı ve Şekli

Vekilin TBK m. 508 kapsamındaki hesap verme yükümlülüğü, vekalet verenin talebi üzerine ortaya çıkan bir yükümlülüktür. Fakat doktrinde bazı yazarlar, bazı durumlarda vekilin talep olmasa da vekalet verene hesap vermesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>177</sup>. Yargıtay'ın bu konudaki görüşü çelişkilidir. Yargıtay bazı kararlarında

<sup>170</sup> Bkz Becker, (n 10) m 403, N 13; Yargıtay 13 HD 14082/17323, 04.07.2012 (www.legalbank.net).

<sup>171</sup> Becker, (n 10) m 402, N 12; Gümüş, Borçlar, (n 1) 179.

<sup>172</sup> Hafner, (n 9) 298.

<sup>173</sup> Doktrinde bir görüş, bu dengenin sağlanabilmesi için gereği gibi ifa edilmeyen işin vekalet veren bakımından faydalı olması gerektiğini ileri sürmektedir (Gümüş, Borçlar, (n 1) 182).

<sup>174</sup> Hafner, (n 9) 279; BGE 110 II 181, 182, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022); BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Bkz Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 88.

<sup>175</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 181-182.

<sup>176</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22d, 28d, 29b; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Sarı, (n 2) 287.

<sup>177</sup> Derendinger, (n 1) 126; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4, 116; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net). Komisyonunun bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen TBK m 533'ün adi vekalet için de uygulanması gerektiği yönünde bkz Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208.

TBK m. 508/I kapsamında hesap vermenin talep üzerine söz konusu olabileceğini<sup>178</sup>; bazı kararlarında ise talep olmadan da hesap verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>179</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi hesap vermenin talep üzerine ortaya çıkacağını öngörmektedir<sup>180</sup>. Kanaatimizce vekil kendiliğinden bu yükümlülüğü yerine getirmek zorunda değildir. Vekalet veren hesap sorma hakkını diğer her hakta olduğu gibi kullanıp kullanmamakta serbesttir<sup>181</sup>. Hesap verilmesine ilişkin talebin açık bir şekilde ortaya konulması zorunlu olmayıp, zımnî olarak da ileri sürülebilir<sup>182</sup>. Fakat hesap vermenin talep olmaksızın mutad bir şekilde yerine getirildiği bazı vekalet işlerinde (örn; portföy yönetimiyle ilgili işler) hesap vermenin talep edilmesine gerek yoktur<sup>183</sup>.

Hesap verme yükümlülüğü, sadece vekaletle konu iş veya işlemin bitmesinden sonra ortaya çıkan bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük, vekalet görevinin yerine getirilmesinin her aşamasında ortaya çıkabilir<sup>184</sup>. Vekalet verenin vekilden her zaman hesap vermesini isteyebileceği İsviçre Borçlar Kanunu m. 400/I'de açıkça düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda bu yükümlülüğün yerine getirileceği zamanla ilgili olarak bir açıklık yoktur. Fakat hesap verme yükümlülüğü vekalet verenin talebi üzerine muaccel hale geldiği için aynı sonucun Türk hukuku bakımından da geçerli olacağı söylenebilir<sup>185</sup>.

Hesap vermenin şekli taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir<sup>186</sup>. Taraflar arasında bu hususta bir düzenleme yoksa yürütülen işle ilgili teamüle ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir<sup>187</sup>.

<sup>178</sup> Yargıtay 13 HD 11608/75616, 07.03.2012; Yargıtay 13 HD 15621/11913, 02.05.2016 (www.legalbank.net); Yargıtay 13 HD 24227/9556, 15.04.2013 (lexpera); Yargıtay 13 HD 24256/5409, 06.03.2013 (lexpera). Yargıtay 13 HD 29216/510, 23.01.2020 (lexpera); Yargıtay 13 HD 8406/8816, 25.03.2014 (lexpera); Yargıtay 3 HD 8310/8433, 14.09.2021 (lexpera).

<sup>179</sup> Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay 13 HD 10881/30543, 02.10.2014; Yargıtay 13 HD 9163/1004, 22.01.2015 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>180</sup> BGE 4A\_238/2016, 26.07.2016, E 2.2.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 05.04.2022); BGer 4A\_127/2012, 30.10.2012, E 4.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGer, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>181</sup> Yargıtay, bazı kararında çok isabetsiz bir şekilde vekilin hesap verme yükümlülüğü yanında vekalet verenin de hesap sorma yükümlülüğü olduğunu ileri sürerek hesap verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan zarardan vekalet verenin müterafık bir şekilde sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Bu kararlarda Yargıtay, aynı zamanda vekilin hesap verme yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmesi gerektiğini de ileri sürerek açık bir çelişkiye düşmektedir. Bu kararlar için bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera).

<sup>182</sup> Hafner, (n 9) 256.

<sup>183</sup> Bkz Fellmann, (n 1) Art 400, N 64; Gautschi, (n 1) Art 400, N 23c; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 4.

<sup>184</sup> Becker, (n 10) m 400, N 1; Derendinger, (n 1) N 126; Fellmann, (n 1) Art 400, N 64; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115; Zevkililer ve Gökyayla, (n 2) 623; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012; Yargıtay 13 HD 9163/1004, 22.01.2015; Yargıtay 13 HD 32972/13007, 21.12.2017; Yargıtay 13 HD 37133/5014, 25.04.2018 (www.legalbank.net); BGer 4A\_127/2012, 30.10.2012, E 4.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022); BGer, 4A\_374/2016, 20.10.2016, E 5.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 08.04.2022); BGE 139 III 49, 19.11.2012, E 4.1.2 (Swisslex, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>185</sup> Tandoğan, (n 1) 480; Gümüş, Borçlar, (n 1) 176-177; Eren, (n 2) 735; Gümüş, Özen, (n 2) 177.

<sup>186</sup> Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera).

<sup>187</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 30.

Hesap verme yükümlülüğü kural olarak yazılı bir şekilde yerine getirilmelidir<sup>188</sup>. Muhasebe tutmanın önem kazandığı kapsamlı işlerde tutulan muhasebenin (özellikle bilançonun) anlaşılır olması yazılı olmasına bağlıdır. Bu sebeple bu tür durumlarda hesap verme yazılı bir şekilde yapılmalıdır<sup>189</sup>. Fatura düzenlenmesinin gerekli olduğu durumlarda faturanın doğası gereği yazılı olması gerektiğinden vekalet verene yazılı bir fatura sunulmalıdır. Fakat standart faturada yer alan bilgilerden başka faturayla ilgili bazı özel durumlar vekalet veren tarafından yazılı olması talep edilmedikçe sözlü olarak ifade edilebilir<sup>190</sup>. Özellikle önemli ve uzun süreli işlerde hesap verme, yazılı olarak düzenli bir şekilde yerine getirilmelidir<sup>191</sup>.

Vekalet veren, hesap vermeye ilgili detayların yazılı olmasını istemişse, vekil daha önceden bu bilgileri kısmen veya tamamen vekalet verene sözlü olarak sunmuş olsa bile detayların tamamını yazılı olarak sunmak zorundadır<sup>192</sup>.

Hesap vermenin yerine getirileceği yerle ilgili olarak vekalet verenin hesabın verildiği zamandaki yerleşim yeri işaret edilmiştir<sup>193</sup>. İletişim ve veri transferi teknolojisinin geldiği noktaya dikkate alındığında hesap vermenin yerine getirilmesinde e-posta, posta, kurye gibi yöntemlerle ulaştırılan yazılı hesap raporlarının yeterli olacağı söylenebilir.

Vekil, hesap verme borcunu ifa ettiğini ispatlamakla yükümlüdür<sup>194</sup>.

## VI. Hesap Verme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinin Sonuçları

Vekil, son hesabı gereği gibi yerine getirdiğinde hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmiş ve bu borcu sona ermiş olur<sup>195</sup>. Hesap verme yükümlülüğü yerine getirildikten sonra vekil, yerine getirmiş olduğu iş veya işlemlere onay verilmesini veya ibra edilmesini isteyebilir. Fakat vekalet veren, hesap verme yükümlülüğü ayrıntılı, doğru bir şekilde yerine getirilmiş olsa da bu talebi kabul etmek zorunda değildir<sup>196</sup>. Vekalet verenin vekilin verdiği hesabı kabul ederek vekili ibra etmesinin

<sup>188</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 30; Weber, (n 1) Art 400, N 7; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 9; Bühler, (n 1) Art 400, N 2; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 7; Hafner, (n 9) 263; Sarı, (n 2) 288; Gümüş, Borçlar, (n 1) 177; BGE 110 II 181, 183, 26.03.1984 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.04.2022); Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>189</sup> Hafner, (n 9) 263-264.

<sup>190</sup> Hafner, (n 9) 264.

<sup>191</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 28c.

<sup>192</sup> Hafner, (n 9) 264.

<sup>193</sup> Bkz Gümüş, Borçlar, (n 1) 177; Yargıtay 13 HD 8928/12987, 22.09.2011 (www.legalbank.net).

<sup>194</sup> Gümüş, Borçlar, (n 1) 177. Yargıtay 13 HD 22588/37150, 17.12.2015; Yargıtay 13 HD 5909/12545, 26.12.2018; Yargıtay 13 HD 7271/2192, 16.02.2011; Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay 13 HD 1929/6904, 29.05.2019 (lexpera).

<sup>195</sup> Aksi yönde Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 7; Sarı, (n 2) 289; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 1750/321, 19.03.2019 (lexpera).

<sup>196</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 36b; Tandoğan, (n 1) 488. Fakat karşılıklı edim yükümlülüklerinin istikrara kavuşması için ibranın iş görmeye ilişkin tüm sözleşmelerde özel bir ihtiyaç olduğu yönünde bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 34a.

önünde bir engel yoktur<sup>197</sup>. Hesap verme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi vekilin talebinin kabul edilme ihtimalini yükseltir<sup>198</sup>. İbra, kural olarak açık bir irade beyanıyla yapılmalıdır. İstisnaen zımni bir irade beyanıyla da ibra mümkündür. Fakat zımni irade beyanının ibra sonucunu doğurabilmesi için vekalet verenin ibra konusunun içeriği ve kapsamını bilmesi gerekmektedir<sup>199</sup>. Talebine rağmen ibra edilmeyen vekil, ancak vekalet sözleşmesini feshederek görevinden çekilebilir<sup>200</sup>. İbra talebi kabul edilmeyen vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında yaptığı iş veya işlemlerle ilgili uyuşmazlık çıkmışsa hakim, tarafların talepleri hakkında bir karar verir<sup>201</sup>.

Gerçeğe uygun ve tam bir hesap verme, ibra ve işin onaylanmasının dışında vekile daha başka avantajlar da sağlar. Vekil, hesap vermeye birlikte yapılacak mahsup sonucunda alacaklı konumdaysa, hesap raporu bu alacağını talep etmeye dayanak sağlar<sup>202</sup>. Ayrıca vekalet konusu işte başarısızlık olması durumunda vekil, vekaleti gereği gibi icra ettiğini ancak tam ve doğru bir hesap sunarak ispatlayabilir. Hesap verme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirerek vekalet verenin olası tazminat taleplerinden kurtulabilir<sup>203</sup>.

Vekilin hazırladığı rapor kendisi için bağlayıcıdır. Vekil, ancak irade sakatlığı hallerine özellikle temel hatasına dayanarak sunmuş olduğu hesabı iptal ettirebilir<sup>204</sup>.

Vekalet sözleşmesinde sözleşmenin tarafları arasındaki güven unsuru diğer sözleşmelere nazaran çok yoğundur<sup>205</sup>. Güven unsuru yoğun olduğu için bu sözleşmeyi her iki tarafın da tek taraflı olarak sona erdirebileceği kabul edilmiştir<sup>206</sup> (TBK m. 512). Hesap verme yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, taraflar arasındaki güvenin zedelenmesinin önüne geçer<sup>207</sup>.

<sup>197</sup> Bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera).

<sup>198</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23b, 34c; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera). Bkz Hafner, (n 9) 297.

<sup>199</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 35b; Tandoğan, (n 1) 487-488.

<sup>200</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 34c, N 36d; Tandoğan, (n 1) 488. Ayrıca bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 34a.

<sup>201</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 36d; Tandoğan, (n 1) 488; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>202</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 28d; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1208. Bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

<sup>203</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, 28d, 34c; Tandoğan, (n 1) 487; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015 (lexpera).

<sup>204</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 32b.

<sup>205</sup> Bkz Yargıtay 13 HD 11608/75616, 07.03.2012; Yargıtay 3 HD 2995/3972, 11.03.2013 (www.legalbank.net).

<sup>206</sup> Bkz Hafner, (n 9) 201-202.

<sup>207</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 24; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 115; Hafner, (n 9) 203, 205; Sarı, (n 2) 287. Elbette sadece bilgilendirme, güveni sürdürmeye yetmez. Güven daha ziyade vekilin yürüttüğü işi, vekalet verenin talimatlarına uygun, gerektiği gibi ifa etmesiyle sürer. Bu hususta ayrıca bkz Hafner, (n 9) 206-207; Gautschi, (n 1) Art 400, N 31. Bkz Yargıtay 3 HD 2995/3972, 11.03.2013 (www.legalbank.net).

## VII. Hesap Verme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Vekilin hesap verme borcu, bir yapma borcudur<sup>208</sup>. Hesap verme borcunda vekil, vekaleti icra borcunda olduğu gibi bir edim fiilini değil, edim sonucunu yerine getirmekle yükümlüdür. Fakat vekaleti icra borcundan farklı olarak vekil, hesap verme yükümlülüğünde daha katı bir özen sorumluluğuna tabidir. Çünkü hesap verme borcunun doğru bir şekilde yerine getirilmesi her halde vekaletin konusu olan iş veya işlemi yerine getirmekten daha kolaydır<sup>209</sup>.

Hesap verme borcuna aykırılığın sonuçlarına ilişkin Türk Borçlar Kanununda özel bir hüküm yoktur. Bu sebeple borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen genel hükümler uygulanacaktır. Öncelikle vekalet verenin talebine rağmen hesap verme yükümlülüğü hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse hesap verme, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip olduğundan yerine getirilmesi için ayrı bir eda davası açılabilir<sup>210</sup>. Bu eda davası sonucunda hakim vekilin hesap vermesine yönelik bir hüküm tesis edebilir<sup>211</sup>. Vekilin bu hükme uyararak hesap verdiği durumlarda herhangi bir sorun yoktur. Fakat vekil, verilen hükme rağmen hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemezse; vekalet veren sadece İİK m. 343 uyarınca vekilin tazyik hapsine mahkum edilmesini talep edebilir<sup>212</sup>. Çünkü yapma borçları doğrudan zorla yerine getirilemez<sup>213</sup>. Sadece İİK m. 343’de öngörülen tazyik hapsi gibi bazı dolaylı yaptırımlarla borçlunun bu tür borçları yerine getirmesi sağlanmaya çalışılır. Burada yapma borçlarına aykırılığın sonuçlarını düzenleyen TBK m. 113/I hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Fakat TBK m. 113/I’deki masrafı borçluaya ait olmak üzere edimin alacaklı tarafından bizzat veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteme hakkı ancak borçlunun şahsının dikkate alınmadığı, borçlu dışındaki kişiler tarafından yerine getirilebilecek edimler için söz konusu olabilir<sup>214</sup>. Vekilin hesap verme borcu, ancak bizzat vekilin yerine getirebileceği bir borç olduğu için hesap verme borcuna aykırılığa TBK m. 113/I’in uygulanması söz konusu olmaz<sup>215</sup>. Mahkemenin uyuşmazlık konusu olan vekilin faaliyetlerini tespit amacıyla

<sup>208</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22b; Tandoğan, (n 1) 481-482; Yavuz, Borçlar, (n 1) 1207; Gümüş, Özen, (n 2) 178; Sarı, (n 2) 288; Yargıtay 13 HD 3147/4041, 29.04.1992 (lexpera); Yargıtay 13 HD 14082/17323, 04.07.2012; Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>209</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 22b.

<sup>210</sup> Derendinger, (n 1) N 130; Fellmann, (n 1) Art 400, N 56, 88; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 116; Cordey ve Giger, (n 2) Art 400, N 8; Eren, (n 2) 735; Zevkliler ve Gökyayla, (n 2) 623; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 9; Müller-Chen, Girsberger ve Furrer, (n 3) N 90; Sarı, (n 2) 285-286; Yargıtay HGK 161/276, 04.05.2011 (lexpera); Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 2591/2584, 11.11.2015; İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera); BGER 4A\_547/2012, 05.02.2013, E 3 (Swisslex, Erişim Tarihi: 05.04.2022).

<sup>211</sup> Yargıtay 13 HD 3147/4041, 29.04.1992 (lexpera).

<sup>212</sup> Yargıtay 13 HD 3147/4041, 29.04.1992 (lexpera).

<sup>213</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 26. Bkz Derendinger, (n 1) N 130.

<sup>214</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 30b; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, Vedat 2012), 422.

<sup>215</sup> TANDOĞAN, hesap verme yükümlülüğünün vekilden bir başkasına yaptırmanın imkansız olmadığını, böyle bir imkandan olduğu durumlarda BK m 97 (TBK m. 113/I) hükmünün uygulanabileceğini ileri sürmektedir (Tandoğan, (n 1) 485). Aynı yönde bkz Yargıtay 13 HD 3147/4041, 29.04.1992 (lexpera).

bir hesap raporu hazırlamak üzere birisini görevlendirdiği durumlarda hazırlanan bu rapor esasen bir bilirkişi raporudur<sup>216</sup>. Bu rapor hiçbir şekilde hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmez. Sadece vekilin faaliyetleri hakkında sınırlı bir bilgi sağlar. Bu rapor, en nihayetinde eldeki mevcut olan bilgi ve belgelere dayanmaktadır. Hesap verme yükümlülüğünü sadece vekil veya onun sorumluluğunda bir üçüncü kişi yerine getirebileceği için hesap verme yükümlülüğü yerine getirilmediğinde tazminat yükümlülüğüne dönüşür<sup>217</sup>.

Vekalet veren, bu davayı vekaletin icrası esnasında açabileceği gibi vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra da açabilir. Vekalet ilişkisinin sona ermesinden sonra vekilin vekalet sebebiyle elde etmiş olduğu ve vekalet verene devretmekle yükümlü olduğu şeylerin iadesi için açılacak davada bu talep de ileri sürülebilir<sup>218</sup>. Vekalet sözleşmesinde güven unsuru yoğun olduğu için vekaletin icrası esnasında talep edilmesine rağmen vekilin hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi haklı bir azil sebebi olabilir<sup>219</sup>.

Vekil, hesap verme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmese vekalet verenin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür<sup>220</sup>. Vekil, kusursuz olduğunu kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir<sup>221</sup> (TBK m. 112). Bu sebeple vekil, hesap verme yükümlülüğünü gereği gibi ifa ettiğini ispatlamakla yükümlüdür<sup>222</sup>.

Vekalet verenin hesap sorma hakkı, İsviçre hukukunun aksine TBK m. 147/I-b. 5'de vekalet sözleşmesinden doğan tüm alacaklar beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulduğu için vekalet ilişkisinin sona ermesinden itibaren beş yıl geçince zamanaşımına uğrar<sup>223</sup>. Bu sebeple uzun bir süre geçmiş olsa da hesap sorma hakkı beş yıl içerisinde kullanıldığında tek başına uzun bir zamanın geçmiş olması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez<sup>224</sup>.

<sup>216</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 30b. Bkz İstanbul 43 BAM 458/1136, 30.09.2021 (lexpera).

<sup>217</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 30b.

<sup>218</sup> Obergericht, Zürich, LB130031, 29.10.2013, E II, 3, Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich (Swisslex: Erişim Tarihi: 10.04.2022). Bkz Fellmann, (n 1) Art 400, N 91.

<sup>219</sup> Bkz Yargıtay 3 HD 2995/3972, 11.03.2013 (www.legalbank.net).

<sup>220</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 94; Hofstetter, (n 1) § 8, IV, C, 3, 116; Sarı, (n 2) 288; Gümüş, Borçlar, (n 1) 178; Aydoğdu ve Kahveci, (n 28) 801; Yarg 3. HD E 2020/8310, K 2021/8433, T 14.09.2021 (lexpera); Samsun BAM 1136/36, 08.01.2019 (lexpera). Bkz Gautschi, (n 1) Art 400, N 26.

<sup>221</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 95.

<sup>222</sup> Fellmann, (n 1) Art 400, N 96.

<sup>223</sup> Sarı, (n 2) 289. İsviçre'de vekalet sözleşmesinden doğan talepler için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği için hesap sorma hakkının on yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir: Derendinger, (n 1) N 130; Fellmann, (n 1) Art 400, N 99; Weber, (n 1) Art 400, N 23; Cordey ve Gider, (n 2) Art 400, N 8; Hafner, (n 9) 262; Graham-Siegenthaler, (n 2) Art 400, N 31; BGer 5A\_638/2009, 13.09.2010, E 3.4.5 (Swisslex, Erişim Tarihi: 07.08.2022).

<sup>224</sup> Bkz Hafner, (n 9) 262; Fellmann, (n 1) Art 400, N 63.



Hesap verme yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle oluşan zarar, vekaletin icrasının özensiz olmasından dolayı uğranılan zararlardan ayrı olarak tazmin edilir<sup>225</sup>.

## VIII. Sonuç

Vekilin hesap verme yükümlülüğü, vekalet sözleşmesinin önemli unsurlarından biri olan vekilin karşı tarafın yararını gözetme yükümlülüğünden doğmaktadır. Bu yükümlülük hukuki niteliği itibariyle kanundan doğan bir yan edim yükümlülüğüdür. Vekilin diğer yükümlülükleriyle sıkı bir bağlantı içerisinde olması, bunlardan bazılarını doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi sebebiyle yan edim yükümlülüklerinin en önemlisidir. Hesap verme yükümlülüğü emredici niteliktedir. Bu yükümlülüğün vekalet verenin önceden feragati kesin hükümsüzdür.

Hesap verme yükümlülüğü; bilgilendirme, muhasebe tutma, fatura düzenleme yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Bu yükümlülüğün gerçekleştirilmesi iş veya işlemlerle ilgili bilgi verildiği için salt bir raporlama yükümlülüğü söz konusudur. Burada sınırlı bir bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Kapsamlı bir bilgilendirme yükümlülüğü ortaya çıkaran aydınlatma ve bildirim yükümlülükleri kaynağını TBK m. 506'daki genel sadakat yükümlülüğünden almaktadır. Vekaletin icrası çeşitli malvarlığı değerlerinin elde edilmesi veya harcanmasını içeriyorsa vekilin muhasebe tutma yükümlülüğü önem arz eder. Muhasebe, vekaletin icrasıyla ilgili elde edilen ve harcanan malvarlığı değerlerinin sistematik bir şekilde kaydının tutulması ve bir bakiyenin gösterilmesiyle ortaya konabilir. Münferit olarak alınan ve verilen paraların bilgisinin verilmesinin yanı sıra bu bilgilerin birbirine bağlantısı sağlanarak bakiyenin ayrıntılı, anlaşılır ve yazılı bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Vekalet konusu iş veya işlemin bir ücret karşılığında yapıldığı durumlarda fatura düzenleme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Vekil bu faturada yerine getirmiş olduğu hizmet edimlerini fiyat bilgileriyle birlikte göstermelidir.

Hesap verme yükümlülüğünün kapsamı geniştir. Yerine getirilen iş veya işlemin temel süreçleri hakkında ayrıntılı bir raporu ve açıklayıcı bilgileri içermelidir. Yürütülen tüm süreç ve faaliyetlerin sonuçları hakkında genel bir fikir verilmelidir. Vekilin tutmuş olduğu kayıt ve belgeleri rapora eklemesi yeterli değildir. Hesap raporu hazırlanırken bu kayıt ve belgelerden yararlanılması, hesap raporundaki verilerle anlaşılır bir şekilde bağlantısının kurulması gerekir. Böylece hesap raporundaki veriler bir gerekçeye, dayanağa sahip olur. Hesap verme, ara hesap verme ve son hesap verme olarak ikiye ayrılmaktadır. TBK m. 508 kapsamındaki her iki tür hesap verme de talep olmaksızın, kendiliğinden ortaya çıkmaz. Kendiliğinden sadece aldıklarını teslim etme ve sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan sınırlı bir hesap verme yükümlülüğü ortaya çıkabilir. Hesap verme yükümlülüğünün sınırı taraflar arasındaki sözleşmeye

<sup>225</sup> Gautschi, (n 1) Art 400, N 23a; Yargıtay HGK 13-311/599, 19.09.2012 (www.legalbank.net). Bkz Yargıtay HGK 3-531/760, 07.11.2012 (www.legalbank.net); Yargıtay HGK 628/1052, 10.10.2019 (lexpera).

göre belirlenir. Taraflar arasındaki sözleşmede herhangi bir düzenleme yoksa hesap verme yükümlülüğünün sınırı dürüstlük kuralına göre belirlenir. Vekilin kayıt tutma ve belgeleri muhafaza etme yükümlülüğü hesap verme yükümlülüğü kapsamında olmayıp, sadakat ve özen yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu belge ve kayıtların hesap verme yükümlülüğü ile ilişkisi hesap verme yükümlülüğünün özenli, gereği gibi yerine getirilmesinde kendini gösterir. Vekilin vekaletin icrası sebebiyle aldıklarını teslim etme yükümlülüğü ile hesap verme yükümlülüğü arasında çok yakın bir ilişki vardır. Hesap verme, vekilin vekalet sebebiyle aldıklarını geri verme borcunun yerine getirilmesi için bir ön koşul niteliğindedir. TBK m. 508/I kapsamında hazırlanan hesap raporu, vekilin aldıklarını geri verme borcunun kapsamının belirlenmesine yardımcı olur. Hesap verme yükümlülüğü, vekilin vekalet görevini vekalet verenin talimatlarına uygun bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol etmeye yarar. Bunun dışında vekalet verenin uygulanan talimatının yarattığı sonuçlara göre vereceği yeni talimatların içeriğini belirleme noktasında önemli bir destek sağlar. Hesap verme yükümlülüğü, vekilin bazı haklarıyla bağlantılı ve bunları önemli ölçüde etkilemektedir. Vekalet veren, hesap verme yükümlülüğü yerine getirilmeden ücret ödeme borcunu ve vekilin yapmış olduğu giderler, uğradığı zararların giderilmesi, üstlendiği borçlardan kurtarılması talebini yerine getirmek zorunda değildir. Hesap verme yükümlülüğü, vekalet verenin talebi üzerine muaccel olan bir yükümlülüktür. Vekalet veren, vekalet devam ettiği esnada her zaman hesap verilmesini isteyebilir. Hesap verme yükümlülüğü kural olarak yazılı bir şekilde yerine getirilmelidir. Vekil, son hesabı gereği gibi yerine getirdiğinde hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmiş ve bu borcu sona ermiş olur. Hesap verme yükümlülüğü yerine getirildikten sonra vekil, yerine getirmiş olduğu iş veya işlemlere onay verilmesini veya ibra edilmesini isteyebilir. Fakat vekalet veren, hesap verme yükümlülüğü ayrıntılı, doğru bir şekilde yerine getirilmiş olsa da bu talebi kabul etmek zorunda değildir. Vekil, hesap verme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmezse vekalet verenin bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Vekalet verenin hesap sorma hakkı, TBK m. 147/I-b. 5’de vekalet sözleşmesinden doğan tüm alacaklar beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulduğu için vekalet ilişkisinin sona ermesinden itibaren beş yıl geçince zamanaşımına uğrar.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, (3. Baskı, Adalet 2017).
- Becker H, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551*, Çev: Suat DURA, (Yargıtay Yayınları 1993).
- Bucher E, *Obligationenrecht Besonderer Teil* (3., erweiterte Auflage, Schulthess 1988).
- Bühler R, *Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, (3., überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag 2016).
- Cordey CG ve Giger G, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR*, (3. Auflage, Schulthess 2016).
- Derendinger P, *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, (2. nachgeführte Auflage, Freiburg, Schweiz: Universitätsverlag, 1990).
- EREN F: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (2. Baskı, Yetkin 2015).
- Fellmann W, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, (Stämpfli 1992).
- Gautschi G, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, (3., neu bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli & Cie 1971).
- Graham Siegenthaler, B, *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Hrsg: Willi Fischer, Thierry Luterbacher, (Dike 2016).
- Gümüş MA *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, (Beta 2001). (Kısaltma: Özen)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, (3. Bası, Vedat 2014). (Kısaltma: Borçlar)
- Hafner S, *Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten – Ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsvertrag*, Dissertation, (Weissensee 2007).
- Hofstetter J, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Sechster Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, Herausgegeben von Wolfgang WIEGAND, (Helbing & Lichtenhahn 2000).
- Müller-Chen M, Girsberger D ve Furrer A: *Obligationenrecht-Besonderer Teil*, (Schulthess 2011)
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, (6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, Vedat 2012).
- Oser H ve Schönenberger W, *Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418*, (Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co. 1936).
- Sarı S, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, (Beşir 2004).

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II*, (5. Bası, Vedat 2010).

Velidedeoğlu HV ve Özdemir R, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*, (Yargıtay Yayınları 1987).

Weber RH, *Basler Kommentar, Obligationenrect I, Art. 1-529 OR*, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, (5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2011).

Yavuz C, *Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, Doktora Tezi, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1983). (Kısaltma: Temsil)

Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Yenilenmiş 10. Bası, Beta 2014). (Kısaltma: Borçlar)

Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18. Bası, Turhan 2018).



## Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü ve Karar Verme Süreci Ekseninde Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar

Seda Özmumcu\*

### Öz

Çatışma, insanların etkileşim ve iletişim içinde bulunduğu toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir parçasıdır. Zira insan var olduğundan bu yana farklı bireyler ile iletişim içinde olan sosyal bir varlıktır. Bu sebeple bireyler arasında bu etkileşim ve iletişim olduğu sürece, insanlar farklı nedenlerden dolayı çatışma içine girmiştir. Çalışma konumuz itibarıyla, bireylerin çeşitli sebeplerden dolayı hukuki meselelerden kaynaklanan uyumsuzluklarının çatışma yönetimi ve çatışma çözümü yöntemleri ile barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturulmasının yollarından biri de "arbuluculuk" olmuştur.

Türk hukukunda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile hukuk sistemimize dahil olan arbuluculuk kurumu ile anlaşmazlığın tarafları arasında, özel hukuktan kaynaklanan uyumsuzlukların (ihtiyari veya mecburi) yargı yoluna gidilmeden önce arbuluculuk yoluyla çözümü amaçlanmaktadır.

Arbuluculuk kurumunun ilk planda hukuk temelli görünümüne rağmen, incelemeye konu edildikçe diğer başka disiplinler ile de yakından ilişkili olduğu görülmektedir. Arabuluculuk, dava prosedüründe karşımıza çıkan taraf dilekçeleri üzerinden cereyan eden bir muhakeme değildir. Arabuluculuğun özü, çatışan ve uyumsuzluk içine düşen tarafların çatışmalarını analiz etmek için onları dinlemek, anlamak bir başka ifade ile çatışma içinde olan insanı tanımak olgusuna dayanmaktadır.

Buna bağlı olarak, arbuluculuk müzakereleri sırasında, çeşitli nedenlerden ötürü öfke, gerginlik, kaygı, hayal kırıklığı ve benzeri duyu durumlarını yaşayan uyumsuzluk taraflarının, böyle bir anda beyin yapılarının nasıl işlediğini, hangi duyguların onları tetiklediğini, hangi nörolojik ve psikolojik etkiler altında kaldıklarını, çatışmayı yönetebilmek için arabulucunun görebilmesi ve bu durumu kontrol edebilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda makalemizin ana teması, arabuluculuğun iletişim, nöroloji ve psikoloji gibi diğer disiplinler ile olan yakın ilişkisini ortaya koyup, bunlar arasında bir köprü kurabilmeyi ve buna dayalı olarak da alana katkı sağlayabilmeyi hedef etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü, Arabuluculuk, Nöroloji, Beynin Bileşenleri, Amigdala, Hipokampus, Karar Verme, Ayna Nöronlar, Psikoloji

## Psychological Approaches to Mediation Along the Axis of Conflict Management, Conflict Resolution, and Decision-Making Process

### Abstract

Conflict is an inevitable part of communal living, where people interact and communicate. Yet based on human existence, people are social creatures who communicate with various other individuals. Thus, for as long as these interactions and communications have occurred, people have started conflicts for various reasons. The study's subject is mediation, a conflict management and resolution method that has been used as a peaceful means for resolving individual disputes that arise out of legal matters for various reasons. Mediation became a part of the Turkish legal system through Law No.

\* **Sorumlu Yazar:** Seda Özmumcu (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul Türkiye. E-posta: ozmumcu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-6395-8668

**Atıf:** Özmumcu S, "Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü ve Karar Verme Süreci Ekseninde Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 163. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.006>



6325 on Mediation in Civil Disputes and is used with the aim of resolving interparty disputes (voluntary or compulsory) that arise out of private law before being referred to judicial remediation. Even though mediation appears to have a legal foundation, further examination shows it to also be closely related to other disciplines. Mediation is not a trial that flows with party submissions, as seen in lawsuit procedures. The essence of mediation involves analyzing conflicts of parties in dispute by listening to and understanding the parties, namely by getting to know the people who are in conflict. In this context, the main theme of the article is to establish a close connection between mediation and other disciplines such as communications, neurology, and psychology and to build bridges among these with the aim of contributing to the field on this basis.

**Keywords**

Conflict Management, Conflict Resolution, Mediation, Neurology, Part of The Brain, Amygdala, Hippocampus, Decision Making, Mirror Neurons, Psychology

### *Extended Summary*

Conflict is an inseparable part of daily life as a result of individuals' interactions in communal life. As a necessity of communal and social life, people are need to communicate with each other and live together. Conflicts arise in this communal and social living process when individuals with different purposes and benefits cannot overcome their differences. The important issue here is the effective management and resolution of conflicts among individuals. In this regard, the element that determines the direction of a conflict is thea handling style of the person managing the conflict.

Mediation initially became a part of the Turkish legal system through Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (Turkish Official Gazette, 2012, June 22, Issue No.28331) and is used in disputes that arise out of private law with the aim of resolving an interparty dispute through a neutral third person called a mediator, who is independent of the parties to the dispute and their representatives. Within the scope of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes, during basic mediation training, candidates who will become mediators learn about conflict theory together with the basic principles of mediation, ethical rules, and legislation. Among the subjects within the scope of basic mediation training, conflict theory is one subject with special importance in terms of how mediators manage and resolve a conflict during mediation discussions and because it is a separate discipline compared to legal matters and legislation.

Unless managed by an appropriate conflict management method, conflicts arising out of the various legal problems between parties may create a dynamic interaction that could lead to more detrimental outcomes. In this case, the possibility of litigation alongside other unpredictable uncertainties will be inevitable for disputes not resolved through appropriate conflict management and resolution.

Mediation is a process that starts with negotiations and continues by making progress one step at a time. In this process, the mediator's (or mediators') experience in terms of conflict management and resolution plays a key role in resolving a dispute between parties. However, only knowing conflict management is not a sufficient

component in terms of being a mediator. During mediation discussions and while managing these discussions one stage at a time, a mediator needs to also be able to see and realize the psychological components related to the decision-making process and behaviors of the parties. This different point of view in terms of mediation directs one to look into this matter from a different angle.

With regard to this concept, people are creatures that think, analyze, make decisions, and put these decisions into action. All these mental functions (e.g., thinking, analyzing, decision making) are only possible with a healthily functioning human brain. However, an environment that involves concern, anxiety, anger, stress, and other similar feelings requires a mediator to see what the human brain is comprised of, how the threefold brain structure (i.e., primitive, emotional, and thinking brain) functions, and which neurological and psychological aspects affect the parties' decision-making processes in order for the mediator to accordingly steer and manage the discussions at hand and handle the conflict properly.

Article 1 of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes states, "This law only applies to the resolution of private law related to disputes arising out of activities and transactions over which parties have full discretion, including those involving a foreign element." Per this, mediation is law based. Even though mediation is accepted for private law-related disputes that arise out of activities and transactions, the study believes that analyzing mediation in terms of managing and resolving conflicts solely from a law-based point of view would be misleading. As a result, all the efforts of a mediator in terms of managing and resolving a conflict will be useless unless the mediator understands the psychology of the parties, builds trust between the parties, and applies effective communication techniques.

In this scope, the presence of such feelings as anger, anxiety, devastation, disappointment, and other similar negative feelings will prevent the parties to a dispute who've attended the mediation meetings from thinking about the subject of the dispute in a logical sensible way, from analyzing the events in a healthy way, and from deciding accordingly. As a result, the healthy resolution of the parties' legal problems will also not be possible.

The parties to a legal dispute will not be able to reach the best decision regarding their legal dispute without using their mental capabilities. When looked at from this angle, the study believes that the feelings, psychology, and mental structure and functioning of the parties to a conflict that involve anger and anxiety during the mediation proceedings will lead to a flow of feelings during the mediation; while this is the subject of different disciplines, it is also closely related to mediation. For this reason, this article argues within its scope that the idea of building bridges among mediation, neurology, and psychology will contribute to the field in terms of the resolution of legal disputes.

## Çatışma Yönetimi, Çatışma Çözümü ve Karar Verme Süreci Ekseninde Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar

### I. Genel Olarak Çatışma

#### A. Çatışma Kavramı

Çatışma, insan yaşamının ayrılmaz bir parçası ve davranışların sonucu olarak ortaya çıkan bir olgudur. Bireyler arası etkileşimin olduğu her yerde çatışma vardır. Çatışma genel olarak düşmanlığın, olumsuz tutum ve davranışların, saldırganlığın, rekabet ve yanlış anlamının ifadesi anlamına gelmektedir. Çatışma, aynı zamanda iki karşıt veya zıt grup arasındaki menfaat çelişmesini içeren durumlarla da yakından ilişkilidir. Genel olarak çatışma, iki ya da daha fazla kişi veya grup arasında her bir birey veya grubun başkaları hakkındaki görüşlerini kabul etmeye çalıştığı bir anlaşmazlık olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Fakat bununla birlikte her bireyin çatışma algısı farklı olduğu için, çatışma kavramının evrensel bir tanımını yapmak mümkün değildir.<sup>2</sup> Doktrinde, çatışma kavramı ile ilgili pek çok tarif yapıldığı görülmektedir. Birlikte, kabul görmüş belirli bir tanım olmadığına dikkat çekilmekte ve buna bağlı olarak çatışma kavramını tanımlamaya yönelik her girişimin eksik kalma riski ile karşı karşıya olduğuna işaret edilmektedir.<sup>3</sup>

Çatışma kavramı ile ilgili literatür incelendiğinde, ortak bir tanım olmamakla birlikte birçok bakış açısından farklı çatışma tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlara bakıldığında, her bir tanımın çatışma kavramının başka bir noktasına vurgu yaptığı gözlenmektedir.<sup>4</sup> Bununla birlikte anlaşmazlık, zıtlasma, uyumsuzluk, birbiri ile ters düşme gibi etkenlerin çatışmayı meydana getiren temel unsurlar taşıdığı ve iyi yönetilmediği takdirde, bireylere veya gruplara zararlı sonuçlar yaratabilecek dinamik bir etkileşim süreci içerdiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla böyle bir ortamda taraflar, kendi menfaatlerini gerçekleştirmek ve kendi görüşlerini kabul

<sup>1</sup> Digvijaysinh Thakore, "Conflict and Conflict Management", (2013) 8 (6) Journal of Business and Management, 7, 7. [Doktrinde "çatışma kavramı" ile ilgili çeşitli tanımlar hakkında geniş bilgi için ayrıca Bkz Ebru Canlı, *Örgütlerde Kişilerarası Çatışmalar*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2001), 4 ff.); Abbas Türmüklü/İdris Şahin, "İlköğretim Okullarında Öğrenci Çatışmaları ve Öğretmenlerin Bu Çatışmalarla Başa Çıkma Stratejileri", (2002), (30), Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 283, 284; Barbaros Dağlı/Ünsal Sığırı, "Çatışma Yönetiminde Liderin Arabuluculuk Rolü", (2014), (1), Research Journal of Business and Management, 87,88].

<sup>2</sup> Mayank Samuel, "Bridging Mediation and Psychology: Mediator's Mindfulness and Raising", (2017) (12) NALSAR Student Law Review 58, 58; Emin Karip, *Çatışma Yönetimi*, (7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2020), 3. Bu konuda ayrıca Bkz Begüm Al, "The Effect of Teamwork and Conflict Management on Perceived Individual Performance", (2022) (4) (1) Journal of Organizational Behavior Review, 64, 65.

<sup>3</sup> Nezir Akyeşilmen, *Çatışma Yönetimi Kavramsal Bir Analiz, (Barış Konuşmak, Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi)*, (1. Baskı, Pelikan Yayınevi, 2013), 20.

<sup>4</sup> Zahide Kübra Koçak/Mehmet Ali Aktaş, "Çatışma ve Çatışma Yönetimi Kavramına Güncel Bir Bakış", (2019) (1) (2) Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 130, 131.



ettirmek peşinde olduklarından, bu durum bize aynı zamanda çatışmanın durağan değil, dinamik bir süreç olduğunu göstermektedir.<sup>5</sup>

Bu kavram ile ilgili olarak yapılan araştırma ve çalışmalar, çatışma kavramının çok geniş anlam yelpazesine sahip bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>6</sup> Doktrinde birçok farklı bakış açısı ile ifade edilen çatışma kavramının, temelinde üç ana unsuru ihtiva ettiği belirtilmektedir. Birinci unsur, çatışmanın karşılıklı bir *ilişki sarmalı* meydana getirmesidir.<sup>7</sup> Bu durum tarafların gösterdikleri tutum ve davranışlarla ve birbirlerine karşı verdikleri tepkiler ile doğmakta ve sürdürülmektedir. İkinci unsur ise, tarafların birbirleri ile ilişkili *beklentileri karşılayamama* durumudur. Beklentileri elde edememe, bireyi çatışma içerisine sürükleyecek bir *“kırmızı çizgi ihlali”* halinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.<sup>8</sup> Son olarak üçüncü unsur ise, çatışmanın bir *“etkileşim süreci”* olmasıdır. Zira bu unsur, iletişim içerisinde bulunan bireylerin davranışlarının birbirine bağlı olduğunu ve birbirlerini etkilediklerini ifade etmektedir. Nitekim bu durum, tarafların çatışma içerisinde tutum ve davranışları üzerinde belirleyici bir etken olmaktadır.<sup>9</sup>

Çatışmalar doğası ne olursa olsun ilgili tarafların zihninde huzursuzluk ve karmaşaya neden olan ve ancak bir sonuç üzerinde anlaşmaya varıldığında çözüme ulaşan olgulardır. Bir başka anlatımla çatışma birbiri ile çelişen isteklerin, ihtiyaç veya menfaatlerin ya da ideolojilerin çarpışmasıdır. Bu tür durumlarda taraflar, güçlerine, statülerine, duygularına ve hatta bedensel bütünlüklerine yönelik bir tehdit hissetmektedir. Birbirlerine muhalif olan taraflar, aynı uyumsuzluğun karşı görünümüne sahip olsalar bile, burada temel olan fark iyi ve kötü karakterin tersine çevrilmesidir. Zira her iki taraf da kendilerinin haklı olduğunu düşünürken, diğer tarafın mantıksız ve saldırgan olduğunu iddia etmektedir.<sup>10</sup> Bu noktada bir taraf için kolayca anlaşılabilen bir sorun, karşı taraf için o kadar kolaylıkla anlaşılabilen bir mesele olmayabilecektir. Bu bağlamda insanlar, diğer bireylerin davranışlarını kendi bakış açılarından değerlendirmeyi bir tarafa bırakıp, bütüncül bir bakış açısı kazanmak için kendilerini karşı tarafın yerine koydukları takdirde, anlaşmazlık olasılığının azaldığı görülecektir.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Ali İlker Gümüşeli, *İzmir Ortaöğretim Okulları Yöneticilerinin Öğretmenler ile Aralarındaki Çatışmaları Yönetme Biçimleri*, (Ankara Üniversitesi SBÜ, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1994), 28; Şükrü Özcan, *Çatışma Yönetimi*, (1. Bası, İksadyayımevi, 2021), 9. [(Doktrinde çatışmanın dinamik bir süreç olduğu hususunda yapılan çalışmalar hakkında ayrıca bkz Karen A. Jehn/ Elizabeth A. Mannix, “The Dynamic Nature of Conflict: A Longitudinal Study of Intragroup Conflict and Group Performance”, (2001) (44) (2) The Academy of Management Journal, 238, 238 ff., 248; Alptekin Sökmen/ İrfan Yazıcıoğlu, “Thomas Modeli Kapsamında Yöneticilerin Çatışma Yönetimi Stilleri ve Tekstil İşletmelerinde Bir Alan Araştırması”, (2005), (1), Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, 1, 2.

<sup>6</sup> Koçak/Aktaş, (n 4), 132.

<sup>7</sup> Zahide Kübra Koçak, *Yöneticilerin Çatışma Yönetimi Stilleri ile Çalışanların İş Verimliliği Arasındaki İlişki ve Bir Araştırma*, (Aksaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2018), 10; Koçak/Aktaş, (n 4), 132.

<sup>8</sup> Koçak, (n 7), 11; Koçak/Aktaş, (n 4), 132.

<sup>9</sup> İbid, 11; İbid, 132.

<sup>10</sup> Samuel, (n 2), 58.

<sup>11</sup> Samuel, (n 2), 58.

Bizim bu makalede çalışma konumuz, hukuki problemlerden kaynaklanan bireylerarası uyuşmazlıklarda, çatışma yönetimi ve çatışma çözümü bağlamında, karar verme davranışı ve karar verme süreci içerisinde bu durumu insan beyninin bileşenleri, insanın nörolojik ve psikolojik yapısıyla birlikte arabuluculuk ile ilişkilendirmeye ve bunlar arasında bir köprü kurmaya yöneliktir. Dolayısıyla örgütsel çatışmalar inceleme konumuzun dışında kalmakla birlikte, literatürde örgütsel çatışmalar üzerine birçok araştırma ve çalışmanın yer aldığı görülmektedir. Diğer taraftan bu araştırma ve çalışmalarda, bireyler arası çatışma ve örgütsel çatışma olgularının ayrı ayrı incelemeye konu edilmelerine rağmen, temel kavramlar olarak tanımlarında ciddi bir farklılık bulunmadığına dikkat çekilmektedir.<sup>12</sup> Nitekim literatürde, örgüt içindeki birey veya grupların da kendi içlerinde oluşan çeşitli sebeplerle yaşadıkları uyuşmazlık, kutuplaşma ve anlaşmazlıkların örgütsel çatışma olarak tanımlandığı gözlenmektedir. Buradaki tek farklılığın örgüt kavramının tanıma dâhil edilmesi olduğuna işaret edilmektedir. Bu bağlamda çatışmaların çoğu defa bireysel sorunlardan kaynaklandığı dikkate alındığında, çatışma kavramının bireysel ve örgütsel düzeyde ayrı ayrı incelemeye konu edilmesinin veya örgütsel ve bireysel çatışma kavramlarının net ve kesin çizgilerle ayrılmasının çok mümkün gözükmediğine temas edilmektedir.<sup>13</sup>

## B. Çatışmanın Yapıcı ve Yıkıcı Etkileri

Çatışma kavramı, genel olarak bireyde olumsuz çağrışımları uyandıran<sup>14</sup> ürkütücü bir kavramdır.<sup>15</sup> Genellikle zihnimizde yer etmiş olan olumsuz duygu ve düşünceler, düşmanlıklar, kırgınlıklar ve hatta yıkıcı savaşlarla birlikte kullanılan<sup>16</sup> ve kaçınılması gereken bir durum olarak algılanmaktadır.<sup>17</sup> İletişim ve etkileşim içinde olan bireylerin tercihleri, istekleri, değerleri, inançları ve menfaatlerinde farklılıklar olduğu sürece çatışma varlığını sürdürecektir. Böylelikle çatışma kaçınılması gereken bir durum olarak algılanmakla birlikte, kaçınılmaz bir hal alacaktır. Çatışmanın kaçınılmaz olması, çatışmanın her zaman olumsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Çatışmanın olumlu sonuçlar getirmesini sağlamak, yapıcı bir yaklaşımı ve bu yaklaşımın uygulanmasını olanaklı hale getirecek çatışma yönetme bilgi ve becerisini gerektirmektedir.<sup>18</sup>

Bazı durumlarda çatışmadan kaynaklanan farklılıklar ilerlemenin ve gelişmenin kaynağı olabilir. Ancak bu farklılıklardan doğan güçlüklerin nasıl üstesinden

<sup>12</sup> Özcan, (n 5), 9.

<sup>13</sup> İbid, 9.

<sup>14</sup> Koçak/Aktaş, (n 4), 132.

<sup>15</sup> Karip (n 2), 3.

<sup>16</sup> İbid, 3.

<sup>17</sup> Koçak/Aktaş, (n 4), 132.

<sup>18</sup> Karip (n 2), 3-4.

gelineceğinin sorusunun bilinmediği hallerde, bireyler (gruplar, örgütler ve ülkeler) için yıkıcı sonuçlar meydana gelebilir.<sup>19</sup> Bu noktadan hareketle, çatışma yaşamın doğal bir parçası olduğuna göre<sup>20</sup> burada önemli olan esas sorun, çatışmanın ortaya çıkıp çıkmadığı veya önlenip önlenemediği değil, bireylerarası çatışma veya anlaşmazlıkların olabildiği ölçüde yapıcı bir şekilde olumlu yönde ve çatışan tarafları bütünleştirici ve ilişkilerini geliştirici nitelikte yönetilip yönetilemeyeceği ile ilişkilidir.<sup>21</sup> Bir başka anlatımla yukarıda da ifade ettiğimiz üzere çatışma veya anlaşmazlıklar toplumsal hayat içinde kaçınılmaz olduğuna göre bu durumda yapılması gereken, çatışmanın meydana getireceği olası yararları kullanabilmek ve yıkıcı etkilerini önlemek için, çatışmayı etkili bir şekilde yönetmek olacaktır.<sup>22</sup>

Bireyin kendi içinde yaşadığı çatışmaları ayrık tuttuğumuzda, her çatışmanın oluşması ve çözüme ulaşması en az iki bireyin çatışma sürecinde gösterdikleri tutum ve davranışlara bağlı bulunmaktadır.<sup>23</sup> Buna dayalı olarak, doktrinde yaşanan çatışmanın niteliği, kaynağı, nedeni, neticesi ve tarafların karşılıklı tutum ve davranışlarına kadar birçok etkenin çatışmanın yapıcı mı yoksa yıkıcı mı olduğu hususunda etkili olduğu ifade edilmektedir. Zira çatışmaların değerlendirilmesinde tarafların rolü oldukça önem taşımaktadır. Tarafların çatışmalarını etkin bir şekilde yönetmek istemeleri halinde yapıcı bir çatışma yönetimi yaklaşımı benimsemeleri gerekmektedir.<sup>24</sup>

Çatışma etkilerine arabuluculuk kurumu açısından bakıldığında, çatışmanın tarafları yönünden, çatışma çözüme kavuşturulmadığı takdirde bu durum ileride artarak zaman ve finans kaybına neden olacak olumsuz etkiler yaratacaktır. Diğer taraftan çatışma, çatışan tarafların birbirlerini daha iyi tanımalarına yardımcı olacak bir yakınlaşmaya ve ortak payda etrafında buluşmalarına zemin oluşturabilecektir.<sup>25</sup> Bu çerçevede çatışma yaşayan taraflar, kendi düşüncelerini, değerlerini ve buldukları pozisyonu daha iyi anlama imkanına kavuşabilecektir.<sup>26</sup>

### C. Çatışma Yönetimi ve Çatışma Çözümü Kavramları Arasındaki Ayırım

Çatışma analizi ile ilgili bilimsel literatürde, kavramsal ve tarihsel olarak ortaya çıkış süreci üzerine tartışılan ve ortak bir noktada buluşarak tanımı tam olarak yapılamayan bazı kavramlar bulunmaktadır. Bunların arasında **çatışma çözümü**

<sup>19</sup> İbid, 3.

<sup>20</sup> Tümlü/Şahin, (n 1), 284.

<sup>21</sup> Abbas Tümlü, "Lise Yöneticilerinin Çatışma Çözüm Strateji ve Taktiklerinin Sosyal Oluşturmacılık Kuramı Perspektifinden İncelenmesi", (2005), (42), Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 255, 257.

<sup>22</sup> İbid, 3. Bu konuda ayrıca Bkz. Tümlü/Şahin, (n 1), 284.

<sup>23</sup> İbid, 4.

<sup>24</sup> Koçak, (n 7), 28; Koçak/Aktaş, (n 4), 133.

<sup>25</sup> Canlı, (n 1), 8.

<sup>26</sup> İbid, 9.

(*conflict resolution*) ve **çatışma yönetimi** (*conflict management*) kavramlarından da söz edilmektedir. Bu iki kavram üzerinde tartışılan temel sorun, bu kavramların bir üst başlık olarak mı kullanılması gerektiği veya çatışmanın sona erdirilmesi faaliyetinde ayrı bir süreci mi ifade ettiği noktasında ortaya çıkmaktadır.<sup>27</sup>

Doktrinde bazı yazarlar tarafından çatışma yönetimi kavramının odak noktası haline getirildiğine, buna karşılık bazılarının ise çatışma çözümü kavramını bir üst başlık olarak kullanıp, bu kavramı ana odak noktası yaptıklarına dikkat çekilmektedir. Diğer taraftan bir başka yazar grubu ise çatışma yönetimi ve çatışma çözümünü, çatışmanın sona erdirilmesi sürecinin iki ayrı evresi olarak değerlendirmektedir.<sup>28</sup>

Çatışma yönetimi ve çatışma çözümü kavramları ile ilgili bilimsel çalışmalar incelendiğinde, genel olarak çatışma yönetimi kavramının, çatışma çözümü kavramından daha kapsamlı olduğuna işaret edilmektedir.<sup>29</sup> Çatışma çözümü ve çatışma yönetimi arasındaki fark, anlamsal olmanın daha ötesinde yer almaktadır. Çatışma çözümü, çatışmanın azaltılması, ortadan kaldırılması veya sona erdirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>30</sup> Bu bağlamda Müzakere (*negotiation*), Arabuluculuk (*mediation*), Tahkim (*arbitration*) ve Uzlaştırma (*conciliation*) ve Pazarlık (*bargaining*) gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, çatışma çözümü kategorisine girmektedir.<sup>31</sup> Buna karşılık çatışma yönetimi, mutlaka çatışmanın önlenmesi, azaltılması veya sona erdirilmesi anlamına gelmemekte, çatışmanın fonksiyonel bozukluklarını en aza indirmek ve yapıcı işlevi geliştirmek için etkili makro düzeyde stratejiler geliştirmeyi içermektedir.<sup>32</sup> Çatışma yönetimi, çatışmanın teşhis edilmesi ve rasyonel, adaletli ve etkili bir şekilde kontrol altına alınması sürecidir.<sup>33</sup>

Çatışma çözüme, çatışmaya maruz kalan kişilerin, iletişimine dayalı olan ve çatışan tarafların gelişmesine ve kazanmasına imkân veren, taraflarca işbirliğinin yapıldığı çözüm üretmeye odaklı bir süreç olarak ifade edilmektedir.<sup>34</sup> Bir başka ifade ile çatışma çözümü kavramı, taraflar arasında ortaya çıkan çatışmanın uzlaştırma yoluyla sonuçlandırılmasını ifade ederken, çatışmanın yönetilmesi kavramı ise hem ortaya

<sup>27</sup> Fulya Köksoy, “Çatışma Yönetimi mi Yoksa Çatışma Çözümü mü? Barış Müzakere Sürecine Teorik Olarak Yaklaşmak”, (2018) 7 (2) Güvenlik Bilimleri Dergisi, 203, 205.

<sup>28</sup> Bu konuda geniş bilgi için Bkz Köksoy, (n 23), 205; Gözde Sodacı Karataş, *Seçilen Çatışma Yönetimi Stratejisi ile Duygusal Emek Davranışı Arasındaki İlişki: Bir Saha Çalışması*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019), 58.

<sup>29</sup> Fatih Karcioğlu/ Zişan Duygu Alioğulları, “Çatışmanın Nedenleri ve Çatışma Yönetim Tarzları İlişkisi”, (2012) (26) (3-4) AÜİİBD, 215, 221.

<sup>30</sup> M. Afzalur Rahim, “Toward A Theory of Managing Organizational Conflict”, (2002) (13) (3) The International Journal of Conflict, 206, 207; Dağlı/Sığrı, (n 1), 89; Abdurrahman Akman/Emre Yakut, “Kişiler Arası Çatışma Yönetimi Yaklaşımlarının Demografik ve Kontrol Değişkenleri Açısından İncelenmesi”, (2018) (7) (2) International Journal of Social Science Research, 188, 192. Bu konuda ayrıca Bkz Köksoy, (n 23), 215.

<sup>31</sup> Rahim, (n 26), 207.

<sup>32</sup> Rahim, (n 26), 207; Akman/Yakut, (n 26), 192.

<sup>33</sup> Sodacı Karataş, (n 24), 59. Bu konuda ayrıca Bkz Dağlı/Sığrı, (n 1), 89.

<sup>34</sup> F. Gül Akbalık, “Çatışma Çözme Ölçeğinin Üniversite Öğrencileri Formu Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması”, (2001) (2) (16) Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, 7, 8; Akman/Yakut, (n 26), 192.

çıkan çatışmaları uzlaştırmayı hem de yıkıcı çatışmaları yapıcı sonuçlara yönlennmeyi içermektedir.<sup>35</sup>

Bu bağlamda doktrinde çatışma yönetiminin “*şemsiye başlık*” olarak kullanılması gerekliliğine vurgu yapılarak, bu kavramın çatışma çözümünü de kapsamı içine aldığına dikkat çekilmektedir.<sup>36</sup> Bütün bu anlatımlar ışığında genel bir değerlendirme yaptığımızda, amaç bireysel (veya örgütsel) çatışmaların ve bunlara bağlanan uyumsuzlukların sona erdirilmesi noktasında nasıl bir yöntem izlenmesi gerektiği ile ilişkili olduğundan, çatışma yönetimi ve çatışma çözümü kavramlarının birbirinden keskin çizgilerle ayrı tutulmaması gerekmektedir. Diğer taraftan çatışma yönetimi kavramının bir şemsiye başlık olduğu yönündeki düşünceye katıldığımızı belirtiriz. Zira bir çatışmanın çözümü için önce o çatışmanın analiz edilerek nasıl ve ne şekilde yönetilmesi gerektiğine ilişkin unsurların belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çatışma yönetimi geniş anlamıyla çatışma çözümünü de içermektedir.

#### D. Çatışma ve Karar Verme Kavramı

Bir tanıma göre, “*Karar*”, kategorik bir teklife (öneriye) bağlılık ile sonuçlanan müzakereci bir süreçtir.<sup>37</sup> Karar veren tarafın değişik seçeneklerle karşı karşıya kaldığı hallerde, bunların arasından kendisine en uygun olanını seçebilmesi için bedensel ve zihinsel çabalarının toplamı olarak tanımlanan *karar verme*, bu seçenekler üzerinde düşünmeyi ve muhakeme etmeyi gerektirmektedir.<sup>38</sup>

Bir uyumsuzluk ile ilgili çatışma çözümü sürecinde müzakereler başladığında; çatışan tarafların, o ihtilaf ile ilişkili kendi menfaatlerine en uygun düşen karar veya kararları verebilmek için seçim yapmaları gerekmektedir. Çatışma çözümü kapsamında o süreç içinde verilen kararlar bir yana, günlük hayatta bile verilen kararların çoğu seçim yapmayı gerekli kılmaktadır.<sup>39</sup>

Bu bağlamda ilk karar verme teorileri, insanların belirlenmiş kalıp davranışlara ve seçimlere sahip olduğunu ortaya koymuştur. Bu teorilere göre, insanlar akılcı hareket eden, kişisel olarak en yüksek faydayı amaçlayan ve gerçekçiliğin belirli kurallarına

<sup>35</sup> Osman Akan Çağlayan *Örgütsel Çatışma Yönetimi ve Bir Araştırma*, (Pamukkale Üniversitesi SBE, Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YLT, 2006), 72; Karcioğlu/Alioğulları, (n 25), 221.

<sup>36</sup> Köksoy, (n 23), 206-207.

<sup>37</sup> Joshua I. Gold/Michael N. Shadlen, “The Neural Basis of Decision Making”, (2007) (30) The Annual Review of Neuroscience, 535, 536; Hilal Uzunlar/Derya Özer Kaya, “Öğrenme, Problem Çözme ve Karar Vermenin Sinir Bilimi”, (2023) (10) (1), MCBU-SBED, 45, 48.

<sup>38</sup> Abdurrahim Emhan, “Karar Verme Süreci ve Süreçte Bilişim Sistemlerinin Kullanılması”, (2007), (6), (21) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 212, 214; Arife Azak/Sultan Taşçı, “Klinik Karar Verme ve Hemşirelik”, (2009) (17) (3) Türkiye Klinikleri J. Med Ethics, 176, 177; Uzunlar/Özer Kaya, (n 33), 48.

<sup>39</sup> Hanım Acar, *Karar Verme Tarzlarının Öz Yeterlilik ve Kaygı Düzeyleri Açısından İncelenmesi*, (Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış YLT, 2021), 2.

uyan canlılardır. Karar vermenin kaynağı, seçim yapmak ve bu seçimin sonuçları ile ilişkili beklentilere sahip olmaktır.<sup>40</sup>

Doktrinde bilinçli olarak verilen kararlar ile otomatik olarak verilen kararlar arasında net bir ayırım yapılamadığı ifade edilmektedir. Ancak bilinçli olarak verilen kararlarda seçeneklerin artı ve eksileri değerlendirilmek suretiyle bir seçim yapılmakta ve buna göre karar verilmektedir. Karar verme sürecinin temel unsurları; seçenekler, inançlar ve sonuçlar olarak belirtilmektedir. Seçenekler, karar verilmesi gereken konu ile ilgili elde bulunan alternatifleri veya stratejileri açıklamaktadır. İnançlar, karar verme sürecinin içeriğiyle ilgili olup, olası sonuçlar hakkında düşünceleri ifade etmektedir. Son olarak, sonuçlar ise karar verdikten sonra elde edilen kazançlar veya kayıplar olarak ele alınmaktadır. Burada özellikle çatışma çözümü bağlamında alınacak olan kararın öneminden, kolay veya zor oluşundan bağımsız olarak, her karar verme sürecinde; karar veren taraf için seçeneklerin değeri ve bunun olası sonuçları ile olmak üzere dikkat edilen iki faktör bulunmaktadır.<sup>41</sup>

Doktrinde karar verme davranışı üzerine çeşitli kuram veya teoriler ortaya konulmuştur. Bunlar; “Beklenen Fayda Kuramı”, “Beklenti Kuramı” ve “Çatışma Kuramı” olmak üzere üç ayrı üst başlık altında toplanmaktadır.<sup>42</sup> Bu teoriler arasında yer alan “Çatışma Kuramı” hakkında bilgi vermeyi çalışma konumuz ile olan bağlantısı sebebiyle uygun görmekteyiz. Bu teoriye göre, taraflardan birinin bir seçeneği seçmesi diğerlerinden vazgeçmesi anlamına gelmektedir.<sup>43</sup> Çatışma teorisine göre, müzakereler sırasında taraf veya taraflar, verdikleri kararın sonucunun kendilerini etkileme ihtimaline göre, kararlarını verirken seçenekleri yüzeysel veya derinlemesine değerlendirerek ele almaktadır. Seçenekler arasında çelişki yaşayan taraf, yaptığı seçimin sonucunun değiştirilebileceğini düşündüğünde ve son kararı kendisinin vermediğini bildiğinde, alternatifleri çok hızlı değerlendirmek suretiyle daha yüzeysel bir değerlendirme yaparak karar verebilirken; verdiği kararın geri dönüşü olmadığını düşünen taraf, karar verme sürecinde mevcut olan bütün alternatifleri değerlendirirken, daha dikkatli hareket ederek, derinlemesine düşünmektedir.<sup>44</sup>

Karar verme davranışını bir çatışma veya fikir ayrılığının kaynağı olarak gören bu teoride; asıl amaç, karara ilişkin gerilimi ve stresi azaltacak şekilde çözüme ulaşmaktır.<sup>45</sup> Karar verme davranışı üzerine ortaya konulan bütün teorilerin ortak

<sup>40</sup> Acar, (n 35), 2.

<sup>41</sup> İbid, 3.

<sup>42</sup> İbid, 4.

<sup>43</sup> İbid, 5.

<sup>44</sup> İbid, 5-6.

<sup>45</sup> Gideon Keren/ Wändi Bruine de Bruin, “On Assessment of Decision Quality: Considerations Regarding Utility, Conflict and Accountability”, in D.Harman/L.Macchi (eds), *Thinking: Psychological Perspectives on Reasoning, Judgment and Decision Making*, (John Wiley & Sons, Ltd., 2003), 359; Acar, (n 35), 5.

özelliklerinden biri, karar verici olan tarafların kendi menfaatlerini optimize etme, çatışmayı azaltma veya sosyal desteği sürdürme gibi kendi menfaatlerine en iyi hizmet edecek seçeneği tercih etmeleridir.<sup>46</sup>

### E. Çatışma Çözümü Yöntemlerinden Biri Olarak “Arabuluculuk”

Çatışma çözümü, çatışma içinde olan tarafların birbirlerinin ihtiyaçlarını, menfaatlerini, bakış açılarını ve devam eden varlıklarını tanımalarını içermektedir. Çatışmanın çözümünde en etkili metotlardan biri, çatışmanın altında yatan neden veya nedenleri belirleyerek, karşılıklı tatmin edici ve ilişkilerin sürekliliğini temin edici bir çözüm yolu bulmaktır. Çatışmanın çözümü aynı zamanda iş birliği, çatışmama, rekabet etmeme ve pozitif toplam uyum süreci de dahil ve ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere çeşitli temel noktalarla uygulama alanı bulan bir yöntemdir. Taraflar zaman zaman çeşitli nedenlerle çatışmanın çözülerek, sona erdirilmesi yerine devam etmesini tercih ettiğinde ciddi sorunlar ile karşılaşmaktadır. İşte bu gibi hallerde, tarafların rolü, bir güç dengesi oluşturmada, yaptırımları veya teşvikleri harekete geçirmekte deneyimli arabulucuların desteğini almak yönünden ciddi önem taşımaktadır.<sup>47</sup>

Bu bağlamda deneyimli arabulucular ile yürütülen arabuluculuk faaliyeti, çatışma ve buna bağlı olarak uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, bu anlaşmazlığın barışçıl yollarla sona erdirilmesi ve ilişkilerin devam ettirilmesi hususunda ideal bir çatışma çözüm yöntemidir. Uzun süren çatışmalara bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görüşmelerin başarısız olmasının nedenlerinden biri, taraflar arasında görünürdeki buzdağın altında yatan sorunların çözümüne sınırlı bir bakış açısı ile yaklaşılmasıdır. Bu noktada arabuluculuk faaliyetinde, uyuşmazlık taraflarının ihtiyaç ve menfaatlerini anlayan bir arabulucu, uyuşmazlığın altında yatan çatışmanın çözümüne ve karşılıklı olarak tatmin edici bir anlaşmaya varılmasına yardımcı olmaktadır.<sup>48</sup>

Arabuluculuk faaliyetinde, tarafların ihtiyaç ve menfaatlerini ön planda tutan arabulucu, uyuşmazlık taraflarının gerektiğinde içinde bulunduğu kalıpların dışına çıkıp, düşünmelerine yardımcı olmak için yapıcı bir çatışma yönetimine odaklanmaktadır. Bu bağlamda arabuluculuk faaliyetinde bir arabulucu için en büyük zorluklardan biri, uyuşmazlığın taraflarını kökleşmiş veya kalıplaşmış birinci şahıs bakış açısından uzaklaştırmak ve uyuşmazlığa diğer tarafın bakış açısından bakmaya teşvik etmektir.<sup>49</sup> Arabuluculukta bu durum “*diğer tarafın yerine geçmek*” şeklinde belirtilmekle birlikte, bunu söylemek yerine getirmekten daha kolaydır. Çünkü

<sup>46</sup> Keren/Bruin, (n 41), 359.

<sup>47</sup> Christopher E. Miller, “A Glossary of Terms and Concepts in Peace and Conflict Studies”, in Mary E. King (eds), (2. Ed., University for Peace, 2005), 26.

<sup>48</sup> Samuel, (n 2), 59.

<sup>49</sup> Samuel, (n 2), 59.

insanlar genellikle gerçekliği objektif olarak görmelerine rağmen, subjektif olarak kavramaktadır.<sup>50</sup>

## II. Arabuluculuğa Psikolojik Yaklaşımlar

### A. Bilişsel Önyargılar

Bilişsel önyargı, bireylerin muhakeme ve karar verme sürecini etkileyen sistematik yolları ifade eden şemsiye bir terimdir. Bireyleri farklı şekilde etkileyen birçok bilişsel önyargı çeşidi bulunmaktadır. Bunların ortak özelliği, insan bireyselliğine uygun olarak kişiyi rasyonel nesnellikten ayrılarak yargılama ve karar alma mekanizmalarına doğru götürmeleridir.<sup>51</sup>

Bazı durumlarda bilişsel önyargılar, düşünme ve karar verme mekanizmalarını daha hızlı ve daha verimli hale getirmektedir. Bunun nedeni, düşüncelerimizin diğerleri yerine bazı kanallardan ilerlerken, mevcut tüm bilgiyi dikkate almayı bırakmamızdır. Fakat diğer durumlarda bilişsel önyargılar tamamen aynı nedenden dolayı hatalara yol açabilecek niteliktedir.

Bilişsel önyargı, insanın karar verme süreciyle yakından ilişkilidir. Çünkü bireyler öngörülebilir düşünme kalıplarını öğrenir ve geliştirirler. Bu düşünme kalıpları bazen olumlu olup, rasyonel karar verme davranışını yansıtsalar bile, diğer kalıplar zayıf veya optimal olmayan seçimlere yol açmaktadır. Bir birey bazı önyargılarının üstesinden gelmeyi ve yeni karar verme yaklaşım veya tarzlarını öğrenebilse bile, insanların süreci ve bilgiyi kullanma şeklini etkileyen bireysel bir farklılık bileşeni bulunmaktadır.<sup>52</sup>

İnsan beyni, çok sayıda duyuşsal sinyal aldığından, limbik sistemin bunları filtrelemesi veya öncelikli hale getirmesi gerekmektedir. Bu durum, bazı hallerde algı yanlılığına neden olmaktadır. Filtrelenmiş sinyallerin kökeninde bilişsel ön yargılara neden olan temel duygular üretilmektedir.<sup>53</sup>

Bireyler, çoğu zaman psikolojik ve sosyolojik faktörlerden etkilenerek ilk bakışta mantıksız görünen kararlar alabilir. Bireylerin böyle kararlar almalarında duygusal durumlarının da belirleyici olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin, bireyin stresli olduğu zamanlarda aldığı kararlar ile mutlu olduğu zamanlarda aldığı kararlar veya nefret duygusu altında iken verdiği kararlar doğal olarak çok farklı olmaktadır.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> İbid, 59.

<sup>51</sup> Bu konuda geniş bilgi için Bkz Sara Behimehr/Hamid R. Jamali, "Cognitive Biases and Their Effects on Information Behavior of Graduate Students in Their Research Projects, (2020) (8) (2) Journal of Information Science Theory and Practice, 18, 19 ff.

<sup>52</sup> Gloria Phillips-Wren/ Daniel J. Power/ Manuel Mora, "Cognitive Bias, Decision Styles, and Risk Attitudes in Decision Making and DSS", (2019) (28) (2) Journal of Decision Systems, 63,63.

<sup>53</sup> Samuel, (n 2), 77.

<sup>54</sup> İbid, 61.



Diğer taraftan duygusal eğilimler içeren ön yargılar veya önceki düşünceleri temel alan ve yanılı içeren düşünceler bireyin karar verme sürecini olumsuz yönde etkileyebilmektedir.<sup>55</sup> Örneğin, arabuluculuk müzakereleri sırasında uyuşmazlığın her iki tarafı da hararetli bir şekilde kendisinin haklı olduğunu, karşı tarafın ise haksız olduğunu iddia etmektedir. Her iki tarafın da kendi bakış açılarından ileri sürdükleri bu iddialar doğru da olabilir. Ancak tarafların bu gerçeklik algıları rasyonelleştirmeler olarak gizlenmiş, limbik beyinden gelen duygulardan başka bir şey olmadığı için, sadece göreceli bir durumu ifade etmektedir.<sup>56</sup> Bilişsel önyargılar, kaçınılması son derece zor olan, basitleştirilmiş bilgi işleme stratejilerinin neden olduğu değerlendirme ve muhakemedeki psikolojik hatalardır.<sup>57</sup>

Arabuluculuk müzakerelerinde deneyimli arabulucular sayesinde, tarafların karşılıklı olarak ortak oturumlarda yüz yüze bir araya gelmeleri temin edilerek, aralarındaki yanlış anlama ve algılamaların veya kavram kargaşalarının tartışılması, tarafların ortak ve farklı bakış açılarının ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bu müzakereler sırasında, taraflar arabulucu aracılığı ile birbirlerini gerçekten anlamaya çalışacaktır. Bu süreç, müzakerelerin başlamasından önceki dönemde tarafların birbirlerine karşı yakıştırmış oldukları olumsuz kalıp yargıların veya ön yargıların ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak suretiyle, taraflar arasındaki çatışmanın hafifletilmesi veya sona erdirilmesinde büyük bir rol oynayacaktır.<sup>58</sup>

## B. Beyin Yapısının Bileşenleri ve İşlevleri

Uyuşmazlık çözümleri çerçevesinde, çatışma yönetimi ve çözümü bağlamında bireylerin karar verme davranışı ve karar verme süreci doğrultusunda, beyinlerini nasıl kullandıkları, arabuluculuk ile nöroloji ve psikoloji bilimlerinin nasıl ortak bir alan etrafında buluştuklarını incelemeye konu eden çalışmamızın bu aşamasında, ana hatları ile insan beyninin yapısı ve işleyiş biçimine temas etmek istiyoruz.

İnsan vücudunun iletişim ve kontrol ağını meydana getiren merkezi sinir sistemi, belli bir hiyerarşik düzen içinde farklı görevlere sahip yapılardan meydana gelmektedir. Bu sistemin merkezi “*Beyin*” dir. Bir başka anlatımla beyin, merkezi sinir sisteminin yönetim merkezidir.<sup>59</sup> Beyin iki veya daha fazla atomdan meydana gelen moleküllerin oluşturduğu hücrelerden (nöronlar), bu hücrelerin bağlantılarını sağlayan ağlardan ve belirli görevlerden sorumlu olan nöron gruplarından oluşmaktadır.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Alper Küçükay, “Karar Vermenin Psikolojisi”, (2018) (9) (35) TAAD, 607, 611.

<sup>56</sup> Samuel, (n 2), 61.

<sup>57</sup> İbid, 61.

<sup>58</sup> Bu konuda Bkz Ali Deniz Akkırman, “Etkin Çatışma Yönetimi ve Müdahale Stratejileri”, (1998) (13) (2) D.E.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, 1, 6.

<sup>59</sup> Nilgün Dağ, “Beyin Yapısı ve Fonksiyonu ile Beyin Araştırmaları Tarihine Bir Bakış” (2001) (15) (47) EKEV Akademik Dergisi, 1, 3.

<sup>60</sup> Hicran Utkun Dinçer Aydın, *Nörogirişimcilik: Yaratıcılık, Fırsat Tanıma ve Karar Verme Sürecine Yönelik Bir Araştırma*, (Pamukkale Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021), 42-43.

İnsan beyni, “nöron” ve “glia” adı verilen hücrelerden meydana gelmektedir. Nöronlar öğrenme, hatırlama, düşünme, algılama gibi bilişsel davranışları da içeren her türlü insan davranışının kökeninde bulunan temel sinir hücreleridir. Glia adı verilen hücreler ise, nöronların çalışmasını destekleyici ve onları besleyici hücrelerdir.<sup>61</sup> Nöronlar birbiri ile bağlantı kurabilmekte ve bilgiyi işlerken çeşitli elektriksel ve kimyasal değişiklikler gerçekleşmesine yol açmaktadır. İnsan beyninde hücreler arası çok sayıda bağlantı oluşmaktadır. Bir nöronun çevresinde yer alan diğer nöronlarla yaklaşık binlerce bağlantısı bulunmaktadır. Bilginin işlenmesi de bu bağlantılara bağlı olarak gerçekleşmektedir.<sup>62</sup>

Beyinde bulunan yapılardan bir diğeri, çekirdekler veya katmanlardır. Çekirdekler kümelenmiş hücre gövdeleridir. Katmanlar hücre gövdelerinin hizalanmasından oluşmakta ve karmaşık bir yapıya sahip bulunmaktadır. Bu tabakalar beynin dış yüzeyinde beyin kabuğu (korteks) olarak adlandırılan yapıyı meydana getirmektedir.<sup>63</sup>

Dünya literatüründe nörobilim, nöroanatomi ve benzeri kaynaklarda beyin yapısı ve işleyişi ile ilgili farklı sınıflandırmalar olduğu görülmektedir. Bu noktada farklı bilim insanları tarafından farklı kuramlar ileri sürülmüştür. Bu kuramlar arasında dikkat çekici olan teorilerden biri, 1978 yılında **Paul MacLean** tarafından geliştirilen “**üçlü beyin kuramı**”dır. **Maclean**, bu teorisinde insan beyninin üç temel bölgeden oluştuğunu ve bu üç bölgenin insan evriminin farklı safhalarında meydana geldiğini ileri sürmektedir. Beynin bu üç bölgesi, anatomik ve kimyasal olarak birbirinden ayrılmış olup, birbiri içerisinde hiyerarşik bir yapıya sahip bulunmaktadır.<sup>64</sup>

**Maclean**, bu üç bölgeyi 1) **Sürüngen Beyin-İlkel Beyin** (Reptilian Brain), 2) **Limbik Beyin-Duygusal Beyin** (Emotional Brain), 3) **Prefrontal Korteks- Düşünen Beyin** (Logical Brain) olmak üzere farklı bölümlere ayırmış bulunmaktadır.<sup>65</sup> **Maclean** tarafından beynin bu üç bölgesi, aynı evde yaşayan üç kardeşe benzetilmiştir.<sup>66</sup>

Beynin bu üç bölgesi arasından ilk olarak **sürüngen beyin**; insan beyninin en ilkel seviyesidir. Beynin bu bölümünün 500 milyon yıl önce evrimleştiği düşünülmekte

<sup>61</sup> Doğan Cüceloğlu, *İnsan ve Davranışı*, (15. Baskı, Remzi Kitapevi, 2006), 54; Dinçer Aydın, (n 54), 43. Bu konuda ayrıca Bkz Dağ, (54), 4.

<sup>62</sup> Dinçer Aydın, (n 54), 43.

<sup>63</sup> İbid, 44.

<sup>64</sup> Paul D. Maclean, “The Brain’s Generation Gap”, (2002) The Social Contract, 185, 185; Halil Tokcan, *Sosyal Bilimler Öğretiminde Bütünsel Beyin Yaklaşımı ile Modellendirilmiş Etkinliklerin Akademik Başarı ve Tutumlar Üzerine Etkisi*, Gazi Üniversitesi EBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007), 80; Bilal Duman, *Neden Beyin Temelli Öğrenme*, (3. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2015), Bu konuda ayrıca Bkz Tuncay Canbulat, *Beyin Uyumlu Öğrenme Yaklaşımının İlköğretim 5. Sınıf Sosyal Bilgiler Dersinde Öğrencilerin Akademik Başarılarına, Yönetici İşlevlerine ve Akademik Benlik Saygılarına Etkisi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi EBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014), 45.

<sup>65</sup> Maclean, (n 58), 185 ff.; Duman, (n 58), 120 ff.; Dinçer Aydın, (n 54), 44; Aytaç Güt/Sevi Baloğlu Sevinç, “Nöro Pazarlama”, iç Yasin Yılmaztürk/Çağatay Akdoğan (ed), *Pazarlamada Seçme Konular: Kavramlar ve Çalışmalar*, (Özğür Yayınları 2023), 43, 46.

<sup>66</sup> Canbulat, (n 58), 45.

ve adını aldığı sürüngenlerin beynine büyük ölçüde benzemektedir.<sup>67</sup> Diğer taraftan uyuma, uyanıklık, dikkat ve duyuşsal davranışlar gibi süreçlerle ilişkili olan bu yapı, beynin alt kısmında ve omuriliğin üzerinde yer alan ve uyarılma konusunda önemli bir fonksiyonu bulunan bir bölgedir.<sup>68</sup> Sürüngen beyin; kalp atışları, nefes alıp verme ve vücudu kontrol etme gibi yaşamı sürdürebilmeyi ve yaşamsal öğrenmeyi sağlayan, büyük bir bölümü beyin sapından (*brain stem*) oluşan ve *alt beyin* olarak da adlandırılan bir kısım olup<sup>69</sup>, beynin en içteki parçasıdır.<sup>70</sup> Doktrinde beynin en büyük kardeşi olarak nitelenen<sup>71</sup> bu bölgenin temel görevi, insanın bedeninin bir bütün olarak hayatta kalmasını sağlamaktır. Sürüngen beyin otomatik olarak temel içgüdüleri içeren, içgüdüsel ve evrimsel olarak korunmuş, hayatta kalma reflekslerimizin bulunduğu bir alanı oluşturmaktadır. Bunlar arasında sürüngenlerle paylaştığımız “*savaş, kaç ya da don*” içgüdüleri de yer almaktadır. Dolayısıyla bu reflekslerin, temel olarak hayatta kalma meselesi söz konusu olduğunda içgüdüsel olarak devreye girdiğine ve baskın olduğuna inanılmaktadır.<sup>72</sup> Sürüngen beyin veya alt beyin, bazı hallerde akılcı üst beynin müdahale etmesine izin vermeden milisaniyeler içinde tepki vermekte ve hiçbir akılcı temeli olmayan öfke, korku veya güçlü bir dürtü gibi duygular üretmek suretiyle her eylemimize bir şekilde etki etmektedir.<sup>73</sup> Bir başka anlatımla, beynin bu bölgesinde düşünme, yeni öğrenme gibi durumlar gerçekleşmemekte; kalıp haline gelmiş tepkiler kontrol edilmektedir.<sup>74</sup>

İkinci olarak beynin diğer bir katmanı olan ve ortanca kardeş olarak nitelendirilen *limbik* veya *duygusal beyin*, sürüngen beyin üzerinde beyin sapını çevreleyen ve beynin davranışları motive eden duyguları tetikleyen bölümüdür.<sup>75</sup> Limbik beyin, fiziksel ve psikolojik değişimlere neden olan belli bir olgu tespit ettiğinde duyguların oluşmasına yol açmaktadır. Bireyin kişilik yapısını meydana getiren hafıza, hormonlar, duyarlar ve duygular gibi unsurlar beynin bu bölgesinde yer almaktadır.<sup>76</sup> Limbik veya duygusal beyin, olaylar ile duygular arasında bağlantı kurmada çok önemli bir yer tutan *amigdala* ve beynin yerel bellek ile uğraşan en önemli bölümü

<sup>67</sup> Jeremy Lack/ François Bogacz, “The Neurophysiology of ADR and Process Design: A New Approach to Conflict Prevention and Resolution”, (2012) (14) (1) Cardozo Journal of Conflict Resolution, 33, 36. Michio Kaku, *Zihnin Geleceği, Bilimin Zihni Anlamaya ve Geliştirmeye Yönelik Arayışları*, (3. Basım, ODTÜ Yayıncılık, 2016), 23.

<sup>68</sup> Duman, (n 58), 120-121.

<sup>69</sup> İbid, 121.

<sup>70</sup> Canbulat, (n 58), 46.

<sup>71</sup> İbid, 46.

<sup>72</sup> Lack/ Bogacz, (n 61), 36. Bu konuda ayrıca Bkz Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 46-47.

<sup>73</sup> Tokcan, (n 58), 82.

<sup>74</sup> Bülent Çiftpınar, “İkinci Dil Öğreniminde Beyin Temelli Kurgusal Yaklaşım”, (2012) (11) (1) Elementary Education Online, 107, 109.

<sup>75</sup> Tokcan, (n 58), 83; Duman, (n 58), 121; Canbulat (n 58), 46.

<sup>76</sup> Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 47.

olan *hipokampus*<sup>77</sup> kısımlarını içermektedir.<sup>78</sup> Limbik sistem içinde yer alan *talamus*, hipokampus ve amigdala öğrenme ve hafıza<sup>79</sup> için önem taşımaktadır.<sup>80</sup>

Limbik beyin, içsel ve dışsal yaşantılarımızdan elde edilen mesajları birleştirme yeteneğine sahip olduğundan, sürüngen beyin alışılmış ve alışkanlık haline gelmiş tepkileri sergileme tercihine engel olma görevini yerine getirmektedir. Limbik beyin bu anlamda bize kendi kalıtımsal atalarımızdan kalma cevaplarımızı yeniden yazmak için ilk şansı tanımaktadır.<sup>81</sup>

Geniş anlamda limbik beyin, bir bütün olarak çok önemli bir fonksiyona sahip bulunmaktadır. Beynin yapısı bağlamında evin ortanca kardeşi sayılan limbik beyin, en büyük kardeşin aile üzerinde mutlak bir hâkimiyet kurmasını engelleyen, en büyük ve en küçük kardeş arasındaki dengeyi sağlayan niteliğe sahiptir.<sup>82</sup>

Son olarak beyin üçüncü katmanı, *prefrontal korteks* veya *düşünen beyin* olarak adlandırılan ve mantıksal beyin şeklinde de nitelendirilen bölümdür.<sup>83</sup> Beynin altında beşini oluşturan<sup>84</sup> ve evin en küçük kardeşi olarak kabul edilen prefrontal korteks, sürüngen beyin ve limbik sistemden gelen verilerin anlamlı hale getirildiği bölgedir.<sup>85</sup> Bu katman, beynin hiyerarşik yapısı içinde en üst düzeyde yer alan okuma, planlama, analizme ve bir senteze varma, karar verme, problem çözme ve duyguların kontrolünü

<sup>77</sup> [*Hipokampus*: beyin bu bölümünün hafıza, özellikle yeni bilgilerin depolanma kapasitesini ifade eden “*kısa süreli hafıza*” ile ilgili olduğu belirtilmektedir. Hipokampus, singulat girus, hipotalamus ve amigdala birlikte “*limbik sistem*” olarak da ifade edilen limbik beyni meydana getirmektedir. Hipokampus; ventral talamus, hipotalamus ve limbik beyin diğer bölgelerine sinyaller göndermektedir. Bu suretle hareketlerin veya eylemlerin, davranış biçimine dönmelerinden önce, limbik beyni etkileyen hipokampus, davranışların şekillenmesine katkıda bulunmuş olmaktadır. Bundan dolayı hipokampusun, gelen duyuşal sinyalleri içerisinden geçiren ek bir kanal rolü oynadığına işaret edilmektedir. (Yusuf İzci/Yahya Cem Erbaş, “Hipokampus: Yapısı ve Fonksiyonları”, (2015) (25) (3) Türk Nöroşir Dergisi, 287, 291; Engin Üngüren, “Beynin Nöroanatomik ve Nörokimyasal Yapısının Kişilik ve Davranış Üzerindeki Etkisi”, (2015) (7) (1) Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, 193, 206). Bu bağlamda Hipokampus öğrenme, hafıza ve strese tepki vermesi açısından beyinin önemli bir yapısını oluşturmaktadır. (Derya Altuntaş, “Markaların Yönünü Belirlemeye Yardımcı Bir Pusula: Pazarlama Penceresinden Hipokampusa Bakış”, (2020) (1) Sosyal Mucit Academic Review, 32, 38). *Hipokampus*, bilim dünyasında deniz atına benzerliğinden dolayı bu ismi almış bulunmaktadır. Bir zamanlar, dış yüzü koç boynuzuna benzediğinden dolayı “*cornu ammonis*” olarak da anılmıştır. (İzci/Erbaş, (n 71), 287; Üngüren, (n 71), 206). Daha öncede ifade edildiği üzere, denizati şeklindeki kıvrımlı bir organ olan hipokampus, “hipokampal oluşum” adı verilen daha büyük bir yapının parçasıdır. Hafızayı, öğrenmeyi, navigasyonu ve uzam-mekân algısını destekleyerek, insan beyininde uzun süreli hafızanın kodlanmasından sorumlu bulunmaktadır. (Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 49)].

<sup>78</sup> Kaku, (n 61), 64; Tokcan, (n 58), 83; Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 47.

<sup>79</sup> [İnsanlar, hafızası en güçlü olan ve en fazla öğrenme yeteneği bulunan canlılardır. İnsanlarda hafıza, kısa ve uzun süreli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Kısa süreli bellek* olarak da adlandırılabilen *kısa süreli hafıza*, bilgilerin birkaç saniye ile birkaç dakika kadar bellekte tutulmasını ifade etmektedir. Bir diğer ismi, çalışma hafızası olan kısa süreli bellek anlık işleri yapmak için kullanılmaktadır. Örneğin; sadece birkaç kez göreceğimiz birinin ismini kısa bir süre akılda tutmak veya birazdan arama yapacağımız yeni bir telefon numarasını aklımızda saklamak için kısa süreli hafızadan yararlanırız. Buna bağlı olarak kısa süreli hafızada saklı tutulan bilgiler, onlara ihtiyacımız kalmadığında kaybolmakta veya unutulmaktadır. Buna karşılık *uzun süreli hafıza* ise, bilgilerin birkaç ay veya bazen bir ömür boyu bellekte tutulmasına imkân vermektedir. Hatırlama ve hafıza kavramları; özellikle de uzun süreli bellek oluşumu ve bununla birlikte yön bulmak için oldukça önemli olan hipokampus, kısa süreli belleğe gelen çok çeşitli bilginin uzun süreli bellekte kalıcı olmasında etkilidir. (Altuntaş (n 71), 38)].

<sup>80</sup> Kaku, (n 61), 24; Tokcan, (n 58), 84.

<sup>81</sup> İbid, 84.

<sup>82</sup> Canbulat, (n 58), 46.

<sup>83</sup> Duman, (n 58), 121.

<sup>84</sup> Tokcan, (n 58), 84; Canbulat, (n 58), 46.

<sup>85</sup> Canbulat, (n 58), 46.

sağlama gibi yüksek düzeyde tüm düşüncelerin depo edildiği ve *Neokorteks* olarak da bilinen bölümdür.<sup>86</sup> Bir başka ifade ile beynin bu bölümü, planlama, çözümlenme, mantık dizgesi kurma, yanlışlarda öğrenme, uygun olmayan tepkilerin engellenmesi ve soyutlama yeteneklerine sahip bulunmaktadır. Bu yetenekler sayesinde, bireyler kendilerini başkasının yerine koyabileceği, bilişsel kapasiteyi edinebileceği için, onların empati ve sevecenlik duygularını yükseltmek mümkün hale gelebilecektir.<sup>87</sup> Zira ilerideki açıklamalarda da temas edeceğimiz üzere, arabuluculukta tarafların uzlaşmasının en önemli noktalarından biri, bir başkasının duygu ve düşüncelerini anlayabilmeyi denemek; bir başka anlatımla empati kurabilmektir.<sup>88</sup> İşte düşünen beynin bireye katkı sağladığı en önemli unsurlardan biri de empatik olmaktır.

Beyin; belleği, hafızayı, duyguları, motor becerileri, görme, nefes alma, sıcaklık, açlık gibi duyuları ve insan vücudunu düzenleyen her işlemi kontrol eden karmaşık bir organdır. Özetle belirtmek gerekirse; vücudun yönetim merkezi beyindir. Beyin, bu işlevleri yerine getirmesine yardımcı olmak için kendisiyle birlikte çalışan birçok parçaya sahiptir. Her bir parçanın da kendine özgü farklı görevleri ve işlevleri bulunmaktadır.<sup>89</sup>

Beyindeki elektrokimyasal değişiklikler bu üç katmanın etkileşmesini ve insan davranışlarının oluşumunu sağlamaktadır. Beynin her üç bölgesi kendi içinde farklı görevleri yerine getirmektedir. Ancak bu üç bölge birbirinden bağımsız değil, her biri eş zamanlı olarak ve sürekli birbiriyle etkileşim halinde olan bölümlerdir.<sup>90</sup> Bu üç kardeş, birbirlerinin davranış ve kararlarında etkili olmakta hem birbirlerini desteklemekte hem de yeri geldiğinde çatışmaktadırlar. Beyne yönelik bir tehdit meydana geldiğinde, genellikle evin büyük kardeşi hâkimiyeti eline almaktadır. Zira yaşamın devam ettirilebilmesi için güvenliğin sağlanması gerekmektedir.<sup>91</sup>

## C. Beynin Yapısının Karar Verme Davranışı ve Karar Verme Süreci ile İlgili Bağlantıları

### 1. Genel Olarak

Nöroloji alanında yapılan çalışmalarda, bireyin karar verme davranışında prefrontal korteks içinde yer alan orbitofrontal korteks ile birkaç beyin yapısının

<sup>86</sup> Duman, (n 58), 121; Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 47. Bu konuda ayrıca Bkz Kaku, (61), 24.

<sup>87</sup> Canbulat, (n 58), 46.

<sup>88</sup> Timuçin Oral, "Kadın Beyni-Erkek Beyni: Değiş(e)meyecek Farklılıklarımız" iç Yasemin Işıktaç (ed) *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu*, (Sümer Kitapevi, 2014), 77, 80.

<sup>89</sup> Güt/Baloğlu Sevinç, (n 59), 48.

<sup>90</sup> Tokcan, (n 58), 81-82; Canbulat, (n 58), 46-47; Duman, (n 58), 122.

<sup>91</sup> Tokcan, (n 58), 82.

önemli olduğu ifade edilmektedir.<sup>92</sup> Prefrontal korteksin içinde yer alan orbitofrontal korteksin, sosyal ve duygusal bilginin uygun karar verme becerilerine dönüşmesi için, bu bilginin işlenmesi, değerlendirilmesi ve ayıklanmasından sorumlu olduğu belirtilmektedir.<sup>93</sup> Bununla birlikte karar verme sürecinde kritik bir rol oynayan orbitofrontal korteks, bu görevi tek başına yerine getirmemektedir. Zira karar verme davranışı; periferik sinir sistemi, somatosensory/insular sistem, amigdala gibi, diğer beyin bölgelerini içeren kortikal ve alt kortikaller parçaları kapsayan büyük ölçekli sistemlerden kaynaklanmaktadır.<sup>94</sup>

Karar verme, amaca ulaşmak için seçeneklerin belirlenmesi, geliştirilmesi, analiz edilerek bunlar arasından en yerinde olan alternatifin seçilmesidir. Bu bağlamda karar verme, seçeneklerden bir tanesini seçmek gibi basit bir davranış biçimi olmayıp, amaca ulaşma yolunda yapılacak faaliyetlerle ilgili seçeneklerin araştırılması, elde edilmesi, doğru zamanda ve uygun yerde kullanılmak üzere tercih edilmesiyle ilgili olan önemli bir süreçtir.<sup>95</sup>

Karar verme, genellikle bireyin bilinçli ve istemli olarak gerçekleştirdiği bilişsel bir davranıştır.<sup>96</sup> Daha önce yukarıda da farklı bir şekilde ifade edildiği üzere; engelleme, düşünme esnekliği, problem çözme, planlama, dürtüleri kontrol etme, kavram oluşturma, soyut düşünme, yaratıcılık gibi “üst düzey” bilişsel işlevlerin beyin prefrontal korteks kısmı tarafından yürütüldüğü belirtilmektedir.<sup>97</sup> Diğer taraftan klinik nöropsikolojide planlama, organizasyon, karar verme, problem çözme ve mantıksal analiz gibi “en yüksek bilişsel işlevleri” beyin en büyük ve en esrarengiz bölgesi olan frontal loblarla ilişkilendirmeye yönelik uzun süredir devam eden bir gelenek olduğuna ve frontal lobların fonksiyonlarını aydınlatmak için sistematik çalışmalar yapıldığına işaret edilmektedir.<sup>98</sup>

Karar verme, genel olarak seçeneklerin oluşturulmasını, risklerin ve sonuçların değerlendirilmesini ve kişisel tercihler doğrultusunda bir eylem planının seçilmesini içeren, üst düzey bilişsel sürecin karmaşık bir etkileşimi olarak düşünülmektedir. Buna göre karar verme, yüksek düzeyde bilişsel kontrol gerektirebilir. Bununla

<sup>92</sup> Serra İçelliöğlü, *Prefrontal Yönetici İşlevlere Duyarlı Iowa Gambling Testi'nin Sağlıklı Türk Deneklerde Normatif Verilerinin Toplanması*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2008), 4; Güldane Dinç/Derya Özer Kaya, “Karar Verme Süreciyle İlgili Beyin Yapıları: Derleme”, (2022) (11) (1) Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, 142, 145.

<sup>93</sup> İçelliöğlü, (n 85), 4.

<sup>94</sup> Antoine Bechara, “The Role of Emotion in Decision-Making: Evidence from Neurologica Patients With Orbitofrontal Damage”, (2004) (55) *Brain and Cognition*, 30, 37; Serra İçelliöğlü, *Karar Verme Davranışında “Somatik İşaret Hipotezinin” Öneminde Dair Gelişimsel Bir Çalışma*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013), 21; Küçükay (n 50), 617.

<sup>95</sup> Erkan Kırıl, “Yönetimde Karar ve Etik Karar Verme Sorunsalı”, (2015) (6) (2) Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, 73, 75.

<sup>96</sup> Küçükay, (n 50), 611-612.

<sup>97</sup> Julie A. Alvarez/Eugene Emory, “Executive Function and the Frontal Lobes A Meta-Analytic Review”, (2006) (3) (16) *Neuropsychology Review*, 17,18; Küçükay, (n 50), 612.

<sup>98</sup> Alvarez/Emory, (n 90), 33.

bağlantılı olarak frontal/yürütücü işlevler<sup>99</sup> ile karar verme süreci arasında yakın bir bağlantı olduğu ileri sürülmektedir.<sup>100</sup>

Karar verme süreci, zaman bakımından üç safhayı kapsamaktadır. Bu safhalar; 1) sorunların ortaya çıktığı, bilgilerin toplandığı ve bir karara gerek olduğunun anlaşıldığı geçmiş zaman; 2) seçeneklerin belirlenip, bu seçeneklerden uygun olanın seçildiği şimdiki zaman; 3) kararların eyleme dönüşüp sonuçların değerlendirileceği gelecek zaman olmak üzere sınıflandırılmaktadır.<sup>101</sup>

Bu çerçevede, karar verme davranışı sırasında, beyin yapılarında veya bu yapılar arasında meydana gelen sinirsel aktivasyon ya da bağlantıların karar verme sürecine nasıl katkıda bulunduğu bilişsel anlamda önem taşımaktadır.<sup>102</sup> Karar verme davranışı, birden fazla sinir sisteminin düzenlenmesini gerektiren karmaşık bir süreçtir. Örneğin, karar vermenin beyinin duyu (örneğin; amigdala, ventromedial prefrontal korteks) ve hafıza (hipokampus, dorsolateral prefrontal korteks) ile ilgili bölgelerini içerdiğine inanılmaktadır.<sup>103</sup> Özellikle duyu ve korku ile ilgili süreçlerde, önemli işlevleri olduğu kabul edilen amigdala, karar verme sürecine dâhil olan sinir ağının kritik bir bileşenidir.<sup>104</sup> Bu konu ile ilgili olarak yapılan deneysel çalışmaların sonuçları; orbitofrontal korteks ile birlikte amigdalanın yargılama, karar verme ve seçmeye rehberlik etmede önemli bir rolü olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>105</sup>

Buna bağlı olarak bireylerin yerinde ve doğru karar verebilmeleri için psikolojik ve sosyal yönden iyi olma hali içinde olmaları gerektiğinden hareketle, amigdalanın karar verme sürecinin en önemli belirleyici unsurlarından olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra amigdala ile prefrontal korteksin ön singulat bölgesi arasındaki nöral ağların, belirli karar verme süreçlerine aracılık ettiği belirtilmektedir.<sup>106</sup>

Bazı bilimsel görüşlere göre, karar verme bir “*kanıt toplama*” sürecidir. Bu kanıt, dış uyaranların duyuşal sinyallerinden veya içsel bilişsel işlemlerin zihinsel

<sup>99</sup> [(*Yürütücü İşlev*; “*Tepki ketleme, planlama, organizasyon, çalışma belleği, soyutlama, sözel akıcılık, dikkati bir taraftan başka tarafa yönlendirme, duyguların düzenlenmesi, kazanılmış bilgi ve becerilerin uygun durumda amaca yönelik kullanabilme gibi yetilerin içinde bulunduğu yüksek düzeydeki bilişsel işlevler olarak*” tanımlanmaktadır. Yürütücü işlevler; bilişsel, duyuşal ve sosyal davranışların düzenlenmesinde görev almakta ve prefrontal alanın fonksiyonları arasında bulunmaktadır. (Elif Abanoz, *Yürütücü İşlevlerin Olaya İlişkin Potansiyeller Yönetimiyle Sınırda Entelektüel İşlevsellik, Dikkat Eksikliği; Hiperaktivite Bozukluğu ve Sağlıklı Gruplarla Karşılaştırılması*, Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi, Uzmanlık Tezi, 2020),13].

<sup>100</sup> Fabio Del Missier/ Timo Mäntyla/ Wändi Bruine de Bruin, “Executive Functions in Decision Making: An Individual Differences Approach”, (2010) (16) (2), *Thinking & Reasoning*, 60, 70. Bu konuda ayrıca Bkz Küçükay, (n 50), 612.

<sup>101</sup> Kırıl (n 88), 75. [(Doktrinde “*karar verme süreci*” ile ilgili olarak ayrıca Bkz Erhan Seçer/Derya Özer Kaya, “Problem Çözme ve Karar Vermenin Nörobilişsel Süreci: Geleneksel Bir Derleme”, (2022) (7) (2) *Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi*, 588, 589.

<sup>102</sup> Seçer/Özer Kaya (n 94), 590.

<sup>103</sup> Rupa Gupta/ Timothy R. Kosciak/ Antonie Bechara/ Daniel Tranel “The Amygdala and Decision Making”, (2011) (49) (4) *Neuropsychologia*, 760, 760; Seçer/Özer Kaya (n 94), 592.

<sup>104</sup> Gupta/Kosciak/Bechara/Tranel, (n 96), 760; Seçer/ Özer Kaya, (n 94), 592.

<sup>105</sup> Seçer/ Özer Kaya, (n 94), 592.

<sup>106</sup> İbid, 592.

işaretlerinden ileri gelmektedir. Kanıtlardaki farklılıklar (veya değişmeler), karar veren kişide belirsizlik yaratabilir. Karar verici, normal olarak açık veya örtülü olarak bir karar ile ilgili belirsizliklerin farkındadır ve sonuç olarak, dış geri bildirimden önce veya dış geri bildirim yokluğunda bile kararı onaylar veya değiştirebilir.<sup>107</sup>

Bilişsel kontrol sisteminde, karar verme ile ilgili süreçler, üstbilişle ilgilidir. Bu bağlamda iki teoriden söz edilmektedir. Birinci teoriye göre, prefrontal korteksin üst bilişte önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir. Buna göre, beynin prefrontal bölgelerindeki lezyonlarına veya bu bölgeye müdahale etmeye, algısal kararların üstbilişsel izlenmesini olumsuz anlamda etkileyebileceğine, ancak bu durumun kişinin aldığı kararlar üzerine tek başına etki etmeyeceğine dikkat çekilmektedir.<sup>108</sup> İkinci teori ise, üstbilişin sadece karar verme sürecine bağlı olabileceğini ve bu nedenle yalnızca toplanmış kanıtlara dayanabileceğini öne sürmektedir.<sup>109</sup>

Karar verme sürecinde, önemli bir görev üstlenen prefrontal korteksin bu süreçte etkileşim içinde olduğu en önemli yapılardan birinin hipokampus olduğu belirtilmektedir.<sup>110</sup> Hipokampus, bilinen bütün duyuşsal alanlarla ya doğrudan ya da dolaylı bağlantılara sahip olup, alınan bütün bilgileri ilgili alanlara taşımak suretiyle tüm neokortikal bölgeler ile ilişki kurmaktadır. Bu açıdan hipokampus, hafızada tutma fonksiyonunun oluşumu ve edinilen bilgilerin depolanmasında beynin vazgeçilmez öneme sahip yapılarından biridir.<sup>111</sup>

Bilim dünyasında hipokampus ve prefrontal etkileşimlerin bilişteki rolü, en açık şekilde kemirgenlerdeki uzamsal hafıza görevlerinde tespit edilmiştir. Bu bölgeler, hafızada tamamlayıcı ve örtüşen roller üstlenmektedir. Hipokampus; yeni anıların kodlanması, depolanması ve geri getirilmesi için kritik bir öneme sahiptir. Prefrontal korteks ise, uzun süreli hafıza, bilgiyi geri kazanma ve bellek (*working memory*) üzerinde tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Buna ek olarak, bu bölgelerin her ikisinde de planlama, hayal gücü ve hafızaya dayalı karar verme davranışı altında yatan sinirsel (nöral) devrelerin başlıca bilişenleri olduğu düşünülmektedir.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Lirong Qiu/Jie Su/Yinmei Ni/Yang Bai/Xuesong Zang/Xiaoli Li/Xiaohong Wan, "The Neural System of Metacognition Accompanying Decision-Making in the Prefrontal Cortex", (2018) (4) PLOS Biology, 1, 2; Seçer/Özer Kaya, (n 94), 593.

<sup>108</sup> Qui/Su/Ni/Bai/Zang/Li/Wan, (n 100), 2. Bu konuda ayrıca Bkz Seçer/ Özer Kaya, (n 94), 593.

<sup>109</sup> İbid, 2. Bu konuda ayrıca Bkz Seçer/ Özer Kaya, (n 94), 593.

<sup>110</sup> Seçer/Özer Kaya, (n 94), 593.

<sup>111</sup> Deniz Ünal/Selina Aksak/Adem Kara/ Bünyamin Ünal, "Östrojen ve Hipokampus İlişkisi", (2010) 5 (3) Türkiye Klinikleri Nöroloji Dergisi, 167, 169; Altınbaş, (n 71), 38.

<sup>112</sup> Justin D. Shin/ Shantanu P. Jadhav, "Multiple Modes of Hippocampal-Prefrontal Interactions in Memory-Guided Behavior", (2016) (40) Current Opinion in Neurobiology, 161, 162.



Her gün yaşanan binlerce deneyimin kaydedildiği hafıza olarak tanımlanan episodik hafızanın<sup>113</sup> kodlanması ve farklı seçeneklerin değerlendirilmesi başta olmak üzere hipokampusun, prefrontal korteks ile benzer şekilde karar verme sürecinin her aşamasında etkin bir rol oynadığı belirtilmektedir.<sup>114</sup>

## 2. Sürünge Beyin ve Karar Verme Süreci

Nörobilim alanında sürünge beyin (reptilian brain), İngilizce “Reptilian” sözcüğünün ilk harfinden hareketle, “R- Kompleks” (R-Complex) ismi ile de anılmaktadır.<sup>115</sup> Sürünge beyin, beynin düşünmeden içgüdüsel olarak çalışan ve düşünmeden yapılabilen öğrenilmiş faaliyetlerden sorumlu olan, otomatik ve bilinçdışı hareket eden bölümüdür. Beynin bu bölümü, davranışları belirli tekrarlarla dayalı olacak biçimde, yeni bilgiler öğrenmeye kapalı ve değişime karşı da son derece dirençli olarak çalışmaktadır.<sup>116</sup> Sürünge beyin, tehlike odaklı yaşamaktadır; onun için tek önemli olan içinde yaşadığı bedenin yaşamını sürdürmesi ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır. Bu bağlamda sürünge beyin, bireyi gerçek tehlikeden uzak tutmak için önemli bir görev üstlenmektedir. Bireyin düşünmesine gerek kalmadan etkinleşmekte, hayat çarkını döndürmek için kişinin muhakeme yeteneğini harekete geçirmeden çok daha hızlı harekete geçerek koruma altına almaktadır. Bu suretle akıl ve duyu sağlığını değil; bedensel güvenliğe öncelik hakkı tanımaktadır. Bu çerçevede üçlü beyin teorisi içinde bireyi hayatta tutan bu yapı, beynin sürünge beyin bölümüdür. Daha önce de ifade edildiği üzere, bireyin yaşamını tehdit eden ve zararlı bir olay ile karşı karşıya geldiğinde, “*savaş, kaç* ya da *don*” içgüdülerini harekete geçirerek, bilinç dışı çalışmaktadır. Örneğin, yolda yürürken üzerinize doğru büyük bir süratle yaklaşan bir otomobili algılayan zihin, sürünge beyni derhal harekete geçirerek, yoldan çekilmenize sebep olmaktadır. Bu eylem gerçekleştiğinde sürünge beyin, beynin düşünen bölümü olarak tanımlanan prefrontal korteksi kapatmaktadır. Çünkü bu harekete geçmeden önce “düşünmek için zaman” yoktur. Sürünge beyin, bireyin bedensel bütünlüğünü korumak ve onu hayatta tutmak için üstlendiği görevi yerine getirmektedir.

<sup>113</sup> İzci/Erbaş, (n 71), 291; Altınbaş, (n 71), 38. [*Episodik hafıza*: “kişilerin geçmişte olanları hatırlamalarını sağlayan nörobiliş bellek sistemidir.” Buna bağlı olarak belirli bir deneyime ilişkin anılar episodik bellek olayını meydana getirmektedir. Bu olaylar genellikle “otobiyografik referans” aracılığıyla depolanmaktadır. Episodik hafıza değişime karşı duyarlıdır. Fakat geçmişteki olayları hatırlamanın temelini oluşturmaktadır. (Tuba Gültekin/Mine Çoşkuner, “Episodik-Anlamsal Bellek ev Bağ Yönetimi Yaklaşımında Anlamsal Belleğin İz’i”, 2017, (6), (32), *İdil Sanat ve Dil Dergisi*, 1155, 1157). Episodik hafızadaki bilgi, yeni bilgi geldiği sürece hızla kaybolmaktadır. Geriye getirme süreci episodik hafızaya bilgi akışının bir parçasıdır. Geçmişte olan bir vakanın hatırlanması istendiğinde, ilk olarak episodik bellekteki geriye getirme sorunlarına (“olaylar” gibi) girilmesi gerekmektedir. Episodik hafıza, sürekli olarak çalışmakta ve bunun sonucu olarak değişmektedir. (Gültekin/Çoşkuner, (n 106), 1157). Bu konuya beynin işleyiş biçimi açısından bakıldığında, hipokampal bölgedeki yoğun bağlantı sisteminin yüksek kapasiteli episodik hafıza üzerine katkısının önemli olduğu belirtilmektedir (İzci/Erbaş, (n 71), 29)].

<sup>114</sup> Seçer/ Özer Kaya, (n 94), 594.

<sup>115</sup> Maclean, (n 58), 187; Adam M. Zemelka, “Theory of the Reptilian Brain in Neuromarketing in the Light of Neuroanatomy”, (2018) (3) (3) *Theranostics Brain, Spine & Neural Disorders*, 33, 33.

<sup>116</sup> Zemelka, (n 103), 33.

Buna karşılık, sürüngen beynin karar verme davranışı ve karar verme süreci bağlamında, tepkisel davranış kalıpları; örneğin korkma veya endişelenme, öfkelenme, sinirlenme ve hatta saldırgan tutumlar sergilemesi pek de iyi karşılanmamaktadır. Bu perspektiften bakıldığında, özellikle öfke anında sürüngen beyin aktif hale gelmekte ve beynin mantıklı düşünen (prefrontal korteks) kısmını baskılayarak, kontrolü ele geçirmektedir. Örneğin, yoğun bir trafik ortamında araçların birbirlerine korna çalarak yol istemeleri halinde, bir araç sahibinin bagajından çıkardığı büyük bir sopa ile öndeki araca doğru yürümesi halinde, hangi beynin aktif hale geldiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Nitekim bireyin içinde bulunduğu öfke ve gerginlik, çoğunlukla onun diğer bireyler ile olan etkileşiminde, doğru ve etkili bir iletişim kurmasına engel teşkil etmektedir. Bu meseleyi arabuluculuk ekseninde taraf psikolojisi yönünden değerlendirdiğimizde, arabuluculuk müzakereleri sırasında, çatışma taraflarını derinden etkileyen bazı travmatik olayların üzerinden belli bir süre geçse bile; bireyin sürüngen beyni kontrolü hala elinde tutmaktadır. Böyle bir durumda sürüngen beyninin kontrolü altında olan bireyin, somut bir çatışma yönetimi ve çözümü sürecinde mantıklı düşünebilmesi ve karar vermesi mümkün değildir. Örneğin, arabuluculuk müzakereleri sırasında, uyuşmazlık taraflarından birinin öfkesini kontrol edemeyerek, arabuluculuk masasından yumruklarını sıkarak hızla ayağa kalkıp, karşı tarafa doğru hamle yapmaya yönelik girişimi, sürüngen beynin kontrolü ele alıp, kişinin bu eylemin sonucunu mantıklı bir şekilde düşünmeden eyleme dönüştürmesidir.

Böyle bir durumda sürüngen beyni harekete geçiren öfke hali, bireyin muhakeme yeteneğinin azalmasına ve doğru iletişim kurulmasına mâni olmaktadır. Arabuluculuk müzakerelerinde bu ve benzeri davranışlar ile karşı karşıya gelen deneyimli arabulucular, taraf veya tarafların öfke kontrolünü sağlamak için, gereken etkili iletişim ve psikoloji tekniklerini uygulayarak arabuluculuk sürecinin devam etmesine ve çözüme ulaşılmasına doğru zemin hazırlamaktadır. Uyuşmazlığın taraflarından ve hatta taraf vekillerinden tamamen bağımsız üçüncü kişi olan arabulucunun, arabuluculuk müzakerelerinde üstlendikleri görev, çatışmanın yönetimi ve çözümü itibarıyla büyük önem taşımaktadır.

### 3. Limbik Beyin ve Karar Verme Süreci

Kökeni Latince bir sözcük olan “*limbus*” kelimesinden gelen ve anlamı “*sınır*”, “*hudut*” olan “*limbik*” terimi, tıp biliminde beynin bir bölümüne verilen isim olarak bilinmektedir.<sup>117</sup> İnsan vücudunda merkezi sinir sisteminin bazı bölümleri, emosyonel

<sup>117</sup> Ali Doruk/Özcan Uzun, “Limbik Sistem”, (1997) (8) (1-4) Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, 10, 11; Üngüren, (n 71), 205. Bu konuda ayrıca Bkz Dağ, (n 54), 4.

<sup>118</sup> reaksiyonlardan daha fazla sorumlu bulunmaktadır. Buna bağlı olarak insan beyninin yapısında da bu bölümler “*limbik*” terimi adı altında gruplandırılmaktadır. Limbik beyin veya limbik sistem, sinir sisteminin en karmaşık ve en az anlaşılabilen bölümlerinden biridir.<sup>119</sup> Beynin bu bölgesi, önceleri korkuyla ilişkilendirilmiş fakat daha sonra limbik sistemin görevleri daha iyi öğrenildikçe, limbik sistem terimi, duygusal davranışları ve güdülerini kontrol eden nöron devrelerinin tümünü içeren bir anlam kazanmıştır.<sup>120</sup>

Bireylerin duygularını kontrol eden limbik sistem, duygu durum ve bellek değişikliklerinden de sorumlu olan bir bölge olup<sup>121</sup> daha önce de temas edildiği üzere *hipotalamus*, *talamus*, *amigdala* ve *hipokampus* bölümlerinden oluşmaktadır.<sup>122</sup> Beynin bu orta bölümü duygular, uyku, dikkat, vücudun işleyişi, hormonlar, cinsellik, koku ve beyin kimyasallarının birçoğunun üretiminden sorumlu bulunmaktadır.<sup>123</sup>

Yukarıdaki açıklamalarımızda, bireyin duygu ve duygu durumlarını kontrol etmek ve yönetmekten sorumlu olan bölgesinin genel olarak limbik sistem olduğunu belirtmiştik. Bu bağlamda son yıllarda yapılan araştırmalar; duyguların, karar verme davranışında güçlü, yaygın, öngörülebilir, bazen zararlı bazen de yararlı itici güçleri oluşturduğunu ortaya koymaktadır.<sup>124</sup> Duygular, düşüncelerin içeriğini ve derinliğini değiştirip, motivasyonu harekete geçirmek suretiyle, bireyin karar verme davranışı üzerinde etkilerini göstermektedir.<sup>125</sup>

İnsanların karar verme davranışlarının, düşünce gücü ve mantığın kontrolü altında olduğunu ve bu kapsamda düşünen beyin (neokorteksin) birincil kontrol mekanizması görevini üstlendiği ileri süren görüşe göre, düşünen beyin yapısının

<sup>118</sup> [“*Emosyon*” sözcüğünün İngilizce etimolojisi, vücuttan dışı doğru bir hareketi ifade etmektedir. “*Emotion*” kelimesinin İngilizce anlamı; dışı doğru hareket anlamına gelmektedir. Emosyonlar, genellikle hayatta kalmak üzere programlanmış davranış kalıpları olarak tanımlanmaktadır. Emosyon, dıştan gelen uyarana ve düşünceye karşılık gelen iç ortamın değişmesi ve davranışsal bir cevabın verilmesidir. Emosyon sadece iç ortamdaki değişikliklerden ibaret olmayıp; hissedilmesi de gerekmektedir. Emosyonel uyarana ile emosyonel vücut hali arasındaki bağın birey tarafından farkına varılması hisleri meydana getirmektedir (Mert Savun, “Emosyonların Psikolojisi”, 2008, (66), Prof. Dr. Ayhan Songar II. Davranış Fizyolojisi Sempozyumu, 85, 85). Bu konuyla ilgili bir başka tanıma göre, “*Emosyon*” veya “*emosyonel*” sözcüğü tıp biliminde, “*mental bir eksitasyon veya heyecan durumu ile birlikte otonom sinir sisteminin kontrolü altında olan çeşitli tipte bedensel değişiklikleri ihtiva eden ve genellikle belli türde bir davranış veya eyleme yol açan organizmanın kompleks durumu*” nu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır (K. Topalkara/A. Arslan, “Emosyon ve Otonom Sinir Sistemi”, (1999) (1) Türk Nöroloji Dergisi, 61, 61). Tıp biliminde emosyonlara bağlanan özelliklerden birinin, davranış ve strateji değişikliğini başlatmak olduğu ifade edilmektedir. Zira ıstırap, acı, öfke, gerginlik insan beyninde bilişsel devreye girmeden davranışları ortaya çıkarmaktadır Emosyonlar, uyarana verilen tek bir cevaptan ziyade, birçok cevabın toplamını karşılamaktadır. Bu sebeple her emosyon değişken ve karmaşık yapıya sahiptir (Savun (n 110), 91)].

<sup>119</sup> Doruk/Özcan, (n 109), 11; Topalkara/Arslan, (n 110), 62.

<sup>120</sup> Üngüren, (n 71), 205.

<sup>121</sup> Ayşe Müge Doğan, *Duygusal Boyutlar Kuramının Sinirsel Terapilerde Olası Kullanım Alanları*, (Üsküdar Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019), s.11.

<sup>122</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz Eric Jensen, *Teaching with the Brain in Mind*, (2. Ed., Association for Supervision and Curriculum Development, 2005), 10 ff.; Dilek Erduran Avcı/Rahmi Yağbasan, “Beyin Yarı Kürelerinin Baskın Olarak Kullanılmasına Yönelik Öğretim Stratejileri”, (2008) (28) (2) Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 1, 5; Doğan, (n 113), 11; Üngüren, (n 71), 205.

<sup>123</sup> Jensen, (n 114), 10; Erduran Avcı/Yağbasan, (n 114), 5; Üngüren, (n 71), 205.

<sup>124</sup> Jennifer S. Lerner/Ye Li/ Piercarlo Valdesolo/Karim S. Kassam, “Emotion and Decision Making”, (2015) (66) Annual Review of Psychology, 799, 799.

<sup>125</sup> Küçükay, (n 50), 610.

limbik sisteme ve subkortikal alanlara yaygın bir sinirsel (nöral) ağ bağlantısı olması beklenirken, bu durumun gerçekte böyle olmadığı ortaya konulmuştur. Tam tersine bilimsel çalışmalar, limbik sistemden düşünen beyne (neokortekse) uzanan yaygın bir sinirsel (nöral) ağ olduğunu göstermiştir. Buna bağlı olarak limbik sistemin, düşünen beyin veya neokorteks işleyişini etkileme yeteneğini elinde tuttuğu ileriye sürülmüştür. Bu çerçevede limbik beyinden düşünen beyine uzanan sinirsel (nöral) projeksiyonlar aracılığı ile duygular, algıdan akılcı ve rasyonel karar vermeye kadar zihinsel süreçlerin her yönünü etkilemektedir.<sup>126</sup>

Bilim dünyasında *Antonio Damasio*, duyguların nihai sonuçlarını iki ayrı temada değerlendirmektedir. Yazara göre; bunlardan birincisi, kişinin diğer canlı varlıklar ile etkileşimlerine tesir eden -sevinç, öfke veya bıkkınlık halini ifade eden *davranışlarıdır*. İkincisi ise, kişinin süregelen düşüncesini etkileyen ve böylece gelecekteki davranışını, gelecekteki planlamasını ve düşüncesini değiştirebilen duygusal durum *deneyimleri*, yani *hisleridir*.<sup>127</sup> Limbik sistem, tüm bu sürecin döngüsünde yer almakta birlikte, bu döngünün ne başlangıcına ne de sonuna hizmet etmektedir. Limbik sistemin hem içinde hem de çevresinde bulunan devreleri bağlayan çeşitli sinir bölgeleri farklı duyguların işleyişini desteklemektedir.<sup>128</sup> *Damasio*'ya göre bunun anlamı; limbik sistem yapılarının, sadece duygular ile ilgili olarak görülmesi veya duygu ve hislerin sadece limbik sistemde gerçekleştiğinin düşünülmesi veya duygu ve hislerin sonuçlarının sadece limbik sistemle ilgili olduğunun düşünülmesi açısından isabetli değildir.<sup>129</sup> Dolayısıyla beynin limbik sistem dışında bulunan çok sayıda yapısı, duygu ve hislerin işlenmesinde rol oynamaktadır.<sup>130</sup>

Buna bağlı olarak duygu ve hislerin oluşması ve tanınmasında bazı beyin yapıları aktif bir rol üstlenmektedir. Limbik sistem içinde yer alan bu yapılardan bir tanesinin; mutluluk, üzüntü, öfke ve nötr kalma gibi duygularla ilişkili olan amigdala olduğu belirtilmektedir. Bu bulgulardan hareketle, amigdalanın hem pozitif hem de negatif duygularla bağlantılı olduğu ve belirtilen duygular tetiklendiği sırada beynin amigdala kısmında değişiklikler yaşandığı ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Limbik beynin duygular ile ilişkili olduğu düşünülen bir diğer bölümünün, duygusal değerlendirmede etkin bir rol oynadığı ifade edilen hipokampus olduğu ileri sürülmektedir. Hafızadan sorumlu önemli bir yapı olduğu ifade edilen hipokampusün duygusal anıların tekrar hatırlanmasını sağladığı belirtilmektedir.<sup>132</sup>

<sup>126</sup> Özge Saraçlı/Nuray Atasoy/Elif Karaahmet, "Yakın İlişkilerin Nörobiyolojisi", (2012) (4) (4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 414, 418.

<sup>127</sup> Antonio R. Damasio, "Emotion in the Perspective of Integrated Nervous System", (1998) (26) Brain Research Reviews, 83, 85.

<sup>128</sup> Damasio (n 119), 85-86.

<sup>129</sup> İbid, 85.

<sup>130</sup> İbid, 84.

<sup>131</sup> Ahmet Metin, "Yüz İfadelerinde Duygular: Derleme Çalışması", (2019) (9) (10) Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 2027, 2032.

<sup>132</sup> Metin, (n 123), 2032.

#### 4. Prefrontal Korteks ve Karar Verme Süreci

Duyguları, düşünceleri ve davranışları algılamanın kavram haritalarını limbik sisteme dayandıran *Hippocrates*, insan davranışının nörobiyolojik kökenleri ile ilgili ilk temelleri atmış bulunmaktadır. Duyguların kaynağı olan limbik sistemin aksine; prefrontal korteks veya neokorteks (düşünen beyin), insanın düşünme kabiliyeti, lisan kullanımı, simgesel ve soyut düşünce becerilerinin kaynağını meydana getirmektedir. Limbik sistemden prefrontal kortekse uzanan yaygın nöral yollar vasıtasıyla duygular, algıdan gerçekçi karar vermeye kadar bilişlerin her yönünü etkilemektedir.<sup>133</sup>

Prefrontal korteks, beynine iç ve dış kaynaklardan gelen uyarıyı taramak, ayıklamak, değerlendirmek, anlam vermek, yeni düşünce ve kararlar oluşturmak gibi üst düzey bilişsel işlevlerin bütünleştirildiği ve eyleme dönüştürüldüğü beyin bölgesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>134</sup> Prefrontal korteks, insanı insan yapan özelliklerin büyük bir bölümünden sorumlu olan beyin bölgesidir. Bu bölge, diğer görevlerinin yanı sıra inisiyasyon, yaratıcılık gibi işlevleri de üstlenmektedir.<sup>135</sup>

Prefrontal korteks, bireyin kişilik ve davranışları ile ilgili hayati işlevleri olan merkezleri içermektedir. Beynin prefrontal alanlarının, bireyin dikkatinin sürdürülmesi, yazılan kelimelerin tanınması, çalışan bellek, anlamsal bellek ve kısa süreli bellek, planlama, kontrol etme gibi çok değişik bilişsel işlevleri yanı sıra, ayrıca üzerinde etkili olduğu duygunun kontrolü ve konuşma yeteneği gibi fonksiyonları da bulunmaktadır.<sup>136</sup>

Prefrontal korteks, zihinsel faaliyetlerin amaca yönelik sıralanmasından etkin bir rol üstlenmektedir. Bu faaliyetler arasında geleceğin tahmin edilmesi, dışarıdan gelen duyuşal sinyallere hemen yanıt vermeyerek, cevabı geciktirerek en iyi olduğuna karar verilen cevabın hazırlanması, motor hareketlerin uygulanmadan önce sonucunun kestirilmesi, komplike matematik ve karmaşık soyut problemlerin çözümlenmesi, işlevlerin toplumsal kurallara göre denetlenmesi görevleri bulunmaktadır.<sup>137</sup>

Prefrontal korteks; *dorsolateral prefrontal korteks* (arka ve yan bölüm), *orbitofrontal korteks*, *ventromedial prefrontal korteks* olmak üzere üç işlevsel anatomik bölgeden meydana gelmektedir. İlk olarak, *dorsolateral prefrontal korteks*; planlama, başlatma, sıralama, sürdürme, yer değiştirme, durdurma ve davranışların kontrol edilmesinde; ikinci olarak, *orbitofrontal korteks* güdü ve duyguların düzenlenmesinde ve son olarak, *ventromedial prefrontal korteks*; dikkat, motivasyon,

<sup>133</sup> Tuğçe Şirin Korucu/Derya Özer Kaya, "Düşünüyorum Öyleyse Yapacağım: Karar Verme ve Eylemi Başlatma Sürecinde Korteksin İşlevi", (2021) (6) (3) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, 199, 200. Bu konuda ayrıca Bkz Şehnaz Bakır Yiğitbaş, "Risk ve Belirsizlik Altında Karar Verme Davranışı ve Nöroekonomi", (2021) (7) (3) Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 25, 35.

<sup>134</sup> Aygün Ertuğrul/Murat Rezaki, "Prefrontal Korteks ve Şizofreni", (2006) (16) (2) Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, 118, 118.

<sup>135</sup> Görsev G. Yener, "Beyin-Sinir Ağları ve İlişkili Klinik Özellikler", (2002) (5) Klinik Psikiyatri Dergisi, 135, 138.

<sup>136</sup> İsmail Zararsız/Mustafa Sarsılmaz, "Prefrontal Korteks", (2005) (25) Türkiye Klinikleri Dergisi, 232, 235.

<sup>137</sup> Zararsız/Sarsılmaz, (n 128), 235.

bellek gibi süreçlerin yürütülmesinde görev almaktadır.<sup>138</sup> Prefrontal korteks kişilik, davranış ve düşüncelerin iyileştirilmesi gibi anahtar rol oynayan merkezleri de ihtiva etmektedir. Kelimelerin tanınması, kısa süreli bellek, planlama, odaklanma, duyguların kontrol edilmesi ve konuşma yetisinin sürdürülmesi gibi birçok kapsamlı bilişsel fonksiyondan prefrontal alanlar sorumludur.<sup>139</sup>

Beynin prefrontal korteks bölgesi içinde yer alan dorsolateral prefrontal korteks aynı zamanda içsel ve dışsal bilginin harmanlanması, soyutlanması, planlanması, problem çözme ve davranışın yürütülmesi ve analizinin gerçekleştirilmesi gibi fonksiyonları sağlamaktadır.<sup>140</sup> Dorsolateral prefrontal korteks hasarı sonucunda ise olgularda, yürütücü işlevlerde bozulma meydana gelebilmektedir.<sup>141</sup> Yürütücü işlevlerin dorsolateral prefrontal korteks ile ilişkili olduğu, karar verme davranışının beynin prefrontal korteks bölgesi içinde özellikle ventromedial prefrontal korteks ve orbitofrontal korteks alanları ile bağlantılı olduğu ve aynı zamanda da karar verme ve yürütücü işlevlerin anatomik olarak birbirlerine yakın prefrontal korteks alanları ile ilişkili olsa da birbirlerinden bağımsız oldukları belirtilmiştir. Diğer taraftan ventromedial prefrontal korteks, bilişsel ve duygusal bilgiyi geri bildirim süreçleri ile bütünleştirerek karar verme işlevini yerine getirmektedir.<sup>142</sup> Bu bağlamda beynin prefrontal yapıların duyguya bağlı ipuçlarının tanınması, analizi ve düzenlenmesi, bilişsel işlevlerde rol alması, mantıksal karar verme süreci gibi görevlerin aslında birbirinden çok ayrı yürütülmediği fikrini doğurmaktadır.<sup>143</sup>

İnsanın duygu ve kararlarının yöneticisi konumunda olduğu düşünülen prefrontal korteks, içsel ve dışsal çevrenin farkında olunmasını sağlayan, bu çerçevede bilgi edinen ve bilgiyi harmanlayan bir organ olması nedeniyle insan davranışının ve bireyin kişiliğinin birçok karakteristik özelliğini meydana getirmektedir.<sup>144</sup> İnsan beyninde düşünme, mantıklı karar verme gibi işlevlerden sorumlu olan prefrontal bölgeler, bireyin karar verme sürecinde düşünce ve düşünceyi eyleme dönüştürme arasında harekete geçmektedir. Bu doğrultuda karar verme davranışı, bireyin geçmiş deneyimlerinin eşlik ettiği bilgilerin o andaki duygusal ve duygusal bilginin bütünleşmesi ve kâr-zarar analizi çıktılarıyla uyumlu hale getirilmesi sonucunda farklı bilişsel ve zihinsel süreçleri öngörme şeklinde gerçekleştirmektedir.<sup>145</sup>

<sup>138</sup> Ertuğrul/Rezaki, (n 126),18; Korucu/Özer Kaya, (n 125), 200.

<sup>139</sup> Korucu/Özer Kaya, (n 125), 200.

<sup>140</sup> İbid, 201.

<sup>141</sup> Yener (n 127), 137; Korucu/Özer Kaya, (n 125), 201.

<sup>142</sup> İbid, 201.

<sup>143</sup> İbid, 201.

<sup>144</sup> İbid, 202.

<sup>145</sup> İbid, 202.

## **D. Arabuluculuk Müzakerelerinde Uyuşmazlık Taraflarının Karar Verme Davranışı ve Karar Verme Süreçlerinin Psikolojik Etkileri**

İnsan beyninin çalışma sistematiğini analiz etmeden uyuşmazlık taraflarının düşünme, muhakeme etme, karar verme ve bu kararı eyleme dönüştürme sürecine etki eden nörolojik ve psikolojik faktörleri belirlemeden, arabuluculardan çatışmayı yönetmelerini ve çözmelerini bekleyip, bir anlaşma zemini tesis etmelerini öngörmek mümkün değildir.

Arabuluculuk müzakerelerinde, uyuşmazlık taraflarının zihinsel yetilerini kullanmadan kendileri için en uygun karara varmaları mümkün değildir. Bu nedenle arabuluculuk ile nöroloji ve psikoloji arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Deneyimli arabulucular, uyuşmazlık taraflarının psikolojisini arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği mekâna girildiği andan itibaren, arabuluculuk müzakerelerinde ortak ve özel oturumlar yapıldıkça, bu süreç boyunca ve müzakereler tamamlanıp anlaşmaya varıldığı ana kadar adım adım anlamaya çalışırlar.

Arabuluculuk müzakerelerinde, çatışmanın yönetimi ve çözümü bağlamında uyuşmazlık tarafları, beynin işleyiş yapısının farklı bileşenleri ile karar verme davranışı ve karar verme süreci içine girmektedir. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, tarafların bu süreç içinde beynin hangi bileşenlerini kullanarak ve hangi nörolojik ve psikolojik etkiler altında, arabuluculuk faaliyetinin başından sonuna kadar nasıl yol alarak, ilerlediklerine dair tespitlerde bulunmaktır.

### **1. Arabuluculuk Müzakereleri Öncesi Fiziksel Ortam**

Uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk görüşmeleri için bir araya geldiklerinde, müzakere ortamına genellikle kişisel önyargıları, kendi içlerinde biriktirdikleri kaygı, endişe, gerginlik ve hatta öfke gibi olumsuz duygularla dolu bir şekilde giriş yapmaları doğal bir yaklaşım olarak görülmelidir.

Bu sebeple, arabulucular uyuşmazlık taraflarının müzakere ortamına gelmelerinden önce, arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği fiziksel mekânı hazırlamaları gerekmektedir. Zira tarafların kendilerini konforlu ve güvenli bir alanda hissetmeleri, arabuluculuğun başarısının, arabuluculuğun gerçekleşeceği ortamdan güçlü bir şekilde etkileneceğini göstermektedir.<sup>146</sup> Batıda arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği ortam ile ilgili olarak yapılan araştırmalar; odanın rengi ile ilgili seçimin, oda sıcaklığının, tavan yüksekliklerinin ve yiyecek ikramının uyuşmazlık tarafları üzerindeki olumlu veya olumsuz etkilerini deneysel çalışmalarla ortaya koymuştur.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> Tania Sourdin/ Amanda Hioe, "Mediation and Psychological Priming", (2016) (35) (1) The Arbitrator & Mediator, 76,79. (<http://hdl.handle.net/1959.13/1344132>). (Erişim tarihi 16.01.2024).

<sup>147</sup> Sourdin/Hioe, (n 139), 80-81.

Uyuşmazlığın taraflarında arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği ortamda güvenlik ve rahatlık duygusunun yaratılmasının, tarafların kendilerini iletişime açmalarının kolaylaştırılması ve karşılıklı diyalog ve iletişim akışlarının teşvik edilmesi açısından hayati önem taşıdığına ve tarafların bakış açılarının keşfedilmesine yardımcı olacağına işaret edilmektedir.<sup>148</sup>

## 2. Arabuluculuk Müzakereleri ve Açılış Konuşması

Arabuluculuk sürecinde, arabulucunun açılış konuşmasının arabuluculuğa hazırlamanın en güçlü şekli olduğu ifade edilmektedir. Arabulucuların arabuluculuk sürecine açılış konuşmaları ile başlamaları, arabuluculuk faaliyeti için geleneksel bir yaklaşımdır. Arabulucu, müzakere sürecinin başlangıcından itibaren, uyuşmazlık taraflarının “ortak zemin” de buluşmasını sağlayabilecek “esnek” bir yöntem kullanmak suretiyle, uyuşmazlık hakkında tarafların gerçekçi veya bilinçli karar verme yönündeki ortak hedeflerini bu şekilde gerçekleştirebilecektir.<sup>149</sup> Açılış konuşmaları, genellikle tarafların arabuluculuk müzakerelerine başlarken, olumsuz duygu durumları ile başlamalarının etkisiz hale getirilmesine, düşmanca yaklaşımlardan ayrılarak bir işbirliği ve açık diyalog atmosferi yaratılmasına yardımcı olmaktadır.<sup>150</sup>

Nörobilim alanında yapılan keşifler sonucu ortaya çıkan gelişmeler, “çatışma” terimine ilişkin ağırlıklı olarak olumsuz bir algının bulunduğunu göstermektedir. Çatışma teriminin çağrıştırdığı bu olumsuz anlam, erken çocukluk dönemine kadar uzanan, yetiştirilme tarzıyla şekillendirilmiş geçmiş deneyimler yoluyla televizyon ve medya tarafından da desteklenmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, insanların çatışma kavramına olan tepkileri genellikle olumsuz olduğundan; bu tutum, kötü davranışlara yol açmakta ve çatışmaya yönelik rekabetçi ve düşmanca yaklaşımları benimseme olasılığını artırmaktadır. Diğer taraftan, arabuluculuk da çatışma çözme üzerine kurulu bir yöntem olduğu için, uyuşmazlık taraflarının bu duruma olumsuz bir şekilde hazırlıklı olmaları ve özellikle “anlaşma” (*agreement*) yerine “anlaşmazlığa” (*conflict*) odaklanmaları halinde, başlangıçtan itibaren arabuluculuğa karşı kavgacı bir tutum benimsemeleri muhtemeldir.<sup>151</sup>

Bu açıklamalar ışığında, deneyimli arabulucuların daha arabuluculuk müzakereleri öncesi, arabuluculuğun yapılacağı mekânı hazırlamaları, açılış konuşmasına dair hazırlanan olumlu bir metin, arabuluculuk müzakerelerinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukları nötr hale getirebilecek veya ez az düzeye indirebilecektir.<sup>152</sup> Bu doğrultuda anlaşmazlık veya çatışmadan ziyade, düşünerek ve muhakeme ederek karar

<sup>148</sup> İbid, 79.

<sup>149</sup> İbid, 81-82.

<sup>150</sup> İbid, 82.

<sup>151</sup> İbid, 82.

<sup>152</sup> İbid, 82.



verme ve anlaşmaya odaklanarak olumlu hazırlamanın (veya olumsuz hazırlamadan bilinçli olarak kaçınmanın), durumun mevcut olumsuzluğunu ve düşmanlığını azalttığı ileri sürülmektedir. Batıda yapılan psikolojik hazırlık çalışmaları, “açık fikirli” ve “adil” olmanın değerini, “yaratıcılık” ve “alışılmışın dışında düşünme” ihtiyacını vurgulayan bir dil kullanan arabuluculuk açılış konuşmasının, ayrıca daha yanal düşünmeyi ve katılımcı tartışmaları desteklediğini göstermektedir.<sup>153</sup>

### 3. Arabuluculuk Müzakerelerinde Ortak Oturumlar

Arabuluculukta, arabulucunun taraflarla ortak oturumlar düzenlemesinin belirli bir amacı bulunmaktadır. Bu amaç, arabulucunun uyumsuzluk taraflarını bir araya getirmek suretiyle, yüz yüze iletişimin kolaylaştırılması, sorunların araştırılması ve tartışılması, taraflarda oluşan algısal değişimlerin desteklenmesi ve başka türlü gerçekleşmeyecek daha derin bir konuşma ortamının sağlanmasıdır. Bu süreç, dostane ilişkinin kurulmasını destekleyebilir ve yüz ifadeleri bir tarafın, diğer tarafa dair gerçek niyetinin ve samimiyetinin değerlendirilmesine ilişkin olanak sağlayabilir.<sup>154</sup> Arabuluculuk sürecinde davranışlar, tarafların veya arabulucunun davranışlarına uygun hale gelmek için pasif bir şekilde ve bilmeden veya farkında olmadan değişebilir. Bunun nedeni, bir başkasının davranışının mutlak algılanmasının otomatik olarak kişinin o davranışı gerçekleştirme ihtimalini artırmasıdır. Bu durum, bazen bilinçli bir tepki içermeyen “otomatik aynalama” (*automatic mirroring*) kavramı ile ifade edilmektedir.<sup>155</sup>

#### a. Arabuluculuk Müzakereleri ve Ayna Nöronlar

Bilim dünyasında ayna nöronlar, “*hem bir kişi belirli bir motor eylem gerçekleştirdiğinde hem de başka biri tarafından gerçekleştirilen aynı veya benzer eylem gözlemlendiğinde etkileşen nöron sınıfı*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>156</sup> Böylelikle ayna nöronlar, başkaları tarafından gerçekleştirilen motor eylemlerin gözlemlenmesine duyarlı olup<sup>157</sup>, sanki gözlemcinin kendisi hareket ediyormuş gibi diğerinin davranışını bir ayna işlevi görerek yansıtmaktadır.<sup>158</sup> Bir başka anlatımla bu nöronlar, başkasının davranışını izlediğimizde algıladığımız görsel bilgiyi kendi

<sup>153</sup> İbid, 83.

<sup>154</sup> İbid, 83.

<sup>155</sup> İbid, 83.

<sup>156</sup> Faruk Tanır/ Büşra Aktas/Merve Keskin/ Derya Özer Kaya, “Ayna Nöronların Fiziksel, Sosyal ve Bilişsel Fonksiyonlar Üzerindeki Rolü: Geleneksel Derleme”, (2022) (7) (4) Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 1248, 1249,1257. Bu konuda ayrıca Bkz Tufan Ulcay/Burcu Kamaşak, “Beyin İçindeki Yansımalar: Ayna Nöron Sistemi”, in Ahmet Özşimşek (ed). *Güncel Nöroloji Çalışmaları*, (2021) (3), 65; Melissa Köprülüoğlu/SİNEMA Hareket/Karya Polat/Derya Özer Kaya, “Ayna Nöronlar ve Güncel Rehabilitasyon Yaklaşımlarında Kullanımı: Geleneksel Derleme”, (2022) (7) (4) Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 1235, 1235. Bu konuda ayrıca Bkz Kaku, (n 61), 64-65.

<sup>157</sup> Giacomo Rizzolatti/ Leonardo Fogassi, “The Mirror Mechanism: Recent Findings and Perspectives”, (2014) *Philosophical Transactions of The Royal Society*, 1, 1.

<sup>158</sup> Ulcay/Kamaşak, (n 149), 65; Tanır/Aktas/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1249. Bu konuda ayrıca Bkz Oral, (n.82), 80-81.

beynimizdeki eşdeğer motor temsiller ile eşleştirmektedir. Örneğin, bir kişinin masa üzerinde duran bir bardak suya uzanmasını izlediğimizde, kendi beynimiz bu durumu sanki biz bardağa uzanıyormuş gibi kayıt etmektedir.<sup>159</sup>

“Zihin okuyan hücreler” (*cells that minds*) olarak tanımlanan ayna nöronlar insan beyninde çeşitli görevleri üstlenmektedir.<sup>160</sup> Bu görevler arasında birincil olarak eylemi anlama, eylemi öğrenmeyi kolaylaştırma, taklit ve dil işleme olduğu vurgulanmakta olup, bunun yanı sıra somutlaştırılmış simülasyon, empati, duygu tanıma, niyet okuma, dil edinimi, jest ve mimikler ile iletişim, konuşma algısı ve üretimi, müzik işleme, cinsel yönelim ve estetik deneyim gibi durumların da ayna nöronların fonksiyonları içinde yer aldığı belirtilmektedir.<sup>161</sup> Bu anlatımlarda da ifade edildiği üzere, insanlarda gözlemlenen ayna nöronlar; düşünme, karar verme, motor öğrenme ve motor hareketler üzerinde oldukça önemli bir role sahip bulunmaktadır.<sup>162</sup>

Çalışma konumuzla olan bağlantısı açısından, bilimsel araştırmalarda ortaya çıkan verilere göre, ayna nöronların işlevleri arasında bulunan empati kavramının önemine dikkat çekilmiştir.<sup>163</sup> Ayna nöronlar, taklit yoluyla nasıl öğrendiğimizi ve neden başkalarıyla empati kurduğumuzu açıklamaya yardımcı olmaktadır. Başkalarının duygularını görmek, belirli duyguların beynin bazı bölgelerinde benzer duygu deneyimleriyle ilgili olan bölümleri tetikleyerek harekete geçirmektedir.<sup>164</sup>

Bir başka insanın hareketlerini, duygusal durumunu gördüğümüz zaman, beynimizdeki ön insula, ön singulat korteks, inferior frontal korteks gibi bölgelerin daha fazla aktivasyon gösterdiği tespit edilmiştir. Araştırmacılar, çok boyutlu empatik tepkilerin çeşitli yönlerini gözlemleyerek, empati ve zihin teorilerinin yaratılmasıyla ilişkili süreçlerin, kendi içlerinde farklı olmasına rağmen, yakından bağlantıları bulunduğunu belirlemiştir.<sup>165</sup>

Empatinin bileşenlerinden biri olan “*bilişsel empati*”, başka bir kişinin bakış açısını kabul etme yeteneği, bir başka ifade ile bir zihin teorisi oluşturma yeteneği ile ilgilidir. Bu yeteneğin temeli, öncelikle mediyal prefrontal korteksin sorumlu olduğu kişinin kendisinin ve diğer insanların zihinsel durumlarını algılaması ve

<sup>159</sup> Elizabeth E. Bader, “The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle, (2002) (10) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 183, 197.

<sup>160</sup> Richard Cook/ Geoffrey Bird/ Caroline Catmur/ Clare Press/ Cecilia Heyes, “Mirror Neurons: From Origin to Function”, (2014) (37) Behavioral and Brain Sciences, 177, 178. Tanır/Aktaş/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1257; Köprülüoğlu/Hareket/Polat/Özer Kaya, (n 149), 1236.

<sup>161</sup> Cook/Bird/Catmur/Press/Heyes, (n 153), 178; Köprülüoğlu/Hareket/Polat/Özer Kaya, (n 149), 1236, 1245. [(Ayna nöronların başka işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz Emre Harı/Canberk Cengiz/Ferhat Kılıç/Ertan Yurdakoş, “Ayna Nöron Sistemi ve Fonksiyonlarına Klinik Yaklaşım”, (2021) (84) (3) İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi, 430, 433)].

<sup>162</sup> Tanır/Aktaş/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1249.

<sup>163</sup> Ulcay/Kamaşak, (n 149), 66; Kaku, (n 61), 65; Tanır/Aktaş/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1254.

<sup>164</sup> Ulcay/Kamaşak, (n 149), 66.

<sup>165</sup> Tanır/Aktaş/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1254. Bu konuda ayrıca Bkz Ulcay/Kamaşak, (n 149), 65.

deneyimlemesidir. Buna ilave olarak insular korteks, anterior ve dorsal anterior singulat korteks, premotor korteks ve bazal ganglionlar gibi beyin yapıları aktive edildiği takdirde “*duygusal empati*” ortaya çıkmaktadır. Empatinin bu ikinci bileşeni, duygusal durumları deneyimleme veya acı çeken birini gözlemleme sonucu ortaya çıkan güçlü duygusal tepkiler gösterme ile bağlantılı bulunmaktadır.<sup>166</sup>

Ayna nöron sistemi, duygusal yüz ifadelerinin edinilmesi, anlaşılması ve oluşturulmasını sağlayarak duygusal iletişime katkıda bulunmaktadır.<sup>167</sup> Fikrimizce ayna nöronların bu etkisi, arabuluculuk müzakerelerinde uyuşmazlık taraflarının el hareketleri, duruşları ve yüz ifadelerinden içinde buldukları ruh hali ve duygu durumlarının bir başka ifade ile sözsüz iletişim olarak isimlendirilen durumun arabulucu tarafından gözlemlenmesi ve uyuşmazlığın çözümüne katkısı yönünden önem taşımaktadır.

Nörobilim alanında yapılan çalışmalarda, bu işlevlerin yürütülmesi sırasında beynin amigdala ve limbik yapılarında aktivasyon akışı olduğu nörogörüntüleme (fMRG-Fonksiyonel Manyetik Rezonans Görüntüleme) çalışmaları ile ortaya konulmuştur.<sup>168</sup>

Ayna nöronların temel fonksiyonları ile birlikte empati kurulmasının, eyleme yanıt oluşturma sürecinde aksiyon gerçekleştirmeye yönelik, bir algısal perspektif kazandırdığı belirtilmektedir. Bu algısal perspektif; aksiyonun yorumlanması, yargılanması ve önceki tecrübeler ve içinde bulunulan durumun değerlendirilmesi suretiyle eleştirel düşünülmesini sağlayarak, bireyin bir davranış, bir eylem veya duruma karşılık yanıtı konusundaki karar verme süreçlerine katkı sağlayabilecek niteliktedir.<sup>169</sup>

Ayna nöronlar, dünyayı karşımızdaki kişinin bakış açısından görmeyi sağlayan bir sistemin parçası olarak tanımlanmaktadır. Bu nöronlar, başkalarının zihinlerini kavramsal akıl yürütme yoluyla veya düşünerek değil, hissederek anlamamıza izin vermektedir. Ayna nöronların, duygu ve düşüncelerin ortak bir şekilde anlaşılmasını sağlayarak empati kurmada rol oynayabileceği ifade edilmektedir.<sup>170</sup>

Ayna nöronlar sadece motor becerileri değil, aynı zamanda duygu durumlarını da taklit edebilmektedir. Bu konuda yapılan çalışmalar, elde edilen duygusal tecrübelerin ve etkisi altında kalınan durumların, yargılama ve karar verme süreçlerini etkilediğini göstermektedir. Dolayısıyla ayna nöronların, empati kurma becerisi sayesinde taklit

<sup>166</sup> Tanır/Aktaş/Keskin/Özer Kaya, (n 149), 1254.

<sup>167</sup> Harı/Cengiz/Kılıç/Yurdakoş, (n 154), 434.

<sup>168</sup> Bu konudaki tartışmalar hakkında Bkz Christian Keysers, “Mirror Neurons”, (2010) (19) (21) Current Biology, 971, 972; Harı/Cengiz/Kılıç/Yurdakoş, (n 154), 434. Bu konuda ayrıca Bkz Çağrı Ertürk/Rıfat Mutuş, “Ayna Nöronların Aktivitesi ve Çeşitli Hastalıklar Üzerine Etkisi” (2022), (17), IGUSABDER, 648, 650.

<sup>169</sup> İbid, 1254.

<sup>170</sup> İbid, 1255.

etme, eylemi anlama, motor öğrenme süreçlerinin gerçekleşmesi, yargılama ve karar verme davranışı üzerindeki etkileri, sosyal etkileşimde de önemli bir yeri olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>171</sup>

Ayna nöronlar, beyin taklidi sürecinin bir sonucu olarak ortaya çıkmakla birlikte, sadece kopyalama işleviyle kalmayıp, aynı zamanda karşımızdaki kişinin niyetini anlamanın da özel bir yoludur.<sup>172</sup> Bu bağlamda ayna nöronlar, gözlemlenen (yüz veya bedensel) ifadeler ile ilişkili aynı duyguları hissetmesi için limbik sisteme sinyal göndermektedir.<sup>173</sup> Bu etki sayesinde ayna nöronlar beynin bir deneyimi canlandırmasına, diğer insanların niyetlerini değerlendirmesine ve zihinsel durumlarına ilişkin derin bir anlayış gerçekleştirmesine yardımcı olmaktadır.<sup>174</sup>

Ayna nöronların arabuluculuk ile olan bağlantısı incelendiğinde, yukarıda açıklanan bulgular ile tutarlı olarak arabulucuların müzakereler sırasında ortak oturumlar düzenlemek suretiyle bu durumu, tarafların ayna nöronlarını geliştirme fırsatı olarak kullanabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>175</sup> Arabuluculuk müzakerelerinde taraflardan hikâyelerini yeniden anlatmaları istenmektedir. Hikâyeyi yeniden anlatan tarafın, karşı taraf ile yüzleşmesi ve yüz ifadelerini gözlemlemesi ve niyetini değerlendirmesi teşvik edilmektedir. Buradan hareketle arabulucular, uyumsuzluğun tarafları arasında güven oluşturmaya, bilinçaltında verilen bilgiyi kabul etmeye ve fikir alışverişinde bulunmaya sevk etmek için çaba harcamaktadır. Arabuluculuk sürecinin bir parçası olarak, arabulucular her bir tarafın karşılıklı iletişiminin içeriğini yansıtarak, bunu ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Bu süreç, her bir tarafın bunu yapmaya zorlandığı bir yansıtma sürecine benzerdir. Bu şekilde uyumsuzluğun tarafları, arabulucular tarafından kendi ifadeleri ve hikâyeleri kendilerine geri yansıtıldığında kendi niyetlerini değerlendirebilme sürecine girmektedir. Bir başka anlatımla her bir tarafın bu teknikle “kendini tanıması” sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>176</sup>

## **b. Arabuluculuk Müzakerelerinde Karar Verme Süreci ve Somatik İşaretleyici Hipotezi**

Bilim dünyasında *Antonio Damasio* tarafından geliştirilen Somatik İşaretleyici Hipotezi (*somatic marker hypothesis*), karar vermede duyguların rolünü açıklamak

<sup>171</sup> İbid, 1257.

<sup>172</sup> Sourdin/Hioe, (n 139), 84.

<sup>173</sup> Bu konuda geniş bilgi için Bkz Marco Iacoboni, “Imitation, Empathy; and Mirror Neurons”, (2009) (60) The Annual Review of Psychology, 653, 665; Timothy P. O’Neill, “Mirror Neurons, The New Neuroscience, And The Law, Some Preliminary Observations”, (2010) (39) Southwestern Law Review, 499, 504; Sourdin/Hioe, (n 139), 84.

<sup>174</sup> İbid, 84.

<sup>175</sup> İbid, 84. [Doktrinde *Richard Birke*, insanların evrensel bir duygusal dilde konuştukları bulgusuna bağlı olarak, eğer ayna nöronlarımız varsa, bunun başkalarını doğru bir şekilde okumak için, empati yeteneğimizi kullanabileceğimiz anlamına geldiğini ileri sürmektedir (Richard Birke, “Neuroscience and Settlement: An Examination of Scientific Innovations and Practical Applications”, (2010) (25) (2) Ohio State Journal on Dispute Resolution, 477, 503)].

<sup>176</sup> İbid, 84.

için ortaya atılmış, karar verme davranışının duygular üzerindeki etkisi için benzersiz nöroanatomi bir çerçeve sağlamıştır.<sup>177</sup> Esas olarak **Damasio**'nun hipotezinin temel unsuru olan somatik işaretleyiciler, “*karar almayı kolaylaştırıcı etkide bulunan özel bir his*” çeşidi olarak tanımlanmıştır.<sup>178</sup>

Somatik İşaretleyici Hipotezi, “*beynimizin ulaşmak istediğimiz amaç için birkaç saniye ya da dakika içinde iyi karar vermesinin, his ve bedenle ilgisini kuran bir hipotez*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>179</sup>

Bireyler, karar verme davranışı sırasında *bilişsel ve duygusal* süreçleri kullanarak kendilerine sunulan seçeneklerin teşvik edici yönlerini değerlendirmeye tabi tutmaktadırlar. Bununla birlikte bireyler, karmaşık ve çelişkili seçimlerle karşılaştıklarında tek başına bilişsel süreçleri kullanarak karar veremeyebilirler. Bu durumda duyguların da karar vermeye rehberlik ettiği kabul edilmektedir.

**Damasio**'ya göre, somatik işaretleyici fikri, vücut halinde bütüncül bir değişimi içermektedir. Bu durum, içten ve dıştan gelen uyarılara yanıt olarak vücudun hem iç organlarında hem de kan-iskelet sisteminde, gerek sinirsel gerek kimyasal sinyaller tarafından meydana gelen değişiklikleri ihtiva etmektedir.<sup>180</sup> Bu bağlamda duygular, uyarılara cevap olarak bireyin hem vücudu hem de beyinde meydana gelen değişimlere neden olmaktadır. Bireyin vücudunda kalp atışı hızı, kan basıncı, endokrin salınımı, duruş, yüz ifadesi gibi fizyolojik değişiklikler meydana gelmekte ve bu oluşumlar beyne iletilmektedir.<sup>181</sup>

**Damasio**, “*somatik*” terimi ile bir duyguya işaret eden beden ilgili tepkilerin toplamına atıfta bulunmaktadır. Aynı zamanda bu mevcut durum içindeki imgeyi işaretlediği için de “*işaretleyici*” kelimesini kullanmıştır.<sup>182</sup> Somatik işaretleyiciler,

<sup>177</sup> Fuming Xu/ Long Huang, “Electrophysiological Measurement of Emotion and Somatic State Affecting Ambiguity Decision: Evidences From SCRs, ERPs, and HR”, (2020) (11) *Frontiers in Psychology*, 1, 1.

<sup>178</sup> Cemil Can Yusufoglu, *Stanislavski Sistemine Göre Psikoteknikte Eylemi Somatik İşaretleyici Hipotezi ile Ele Almak*, (Kadir Has Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2017), 47.

<sup>179</sup> Aysel Tan, “Beyin Çalışmalarına Göre Sezgi ve Dini Tecrübe”, iç İsmail Doğan/Enver Demirpolat/Zeynep Sağır/Rahime Çelik (eds), *Felsefe ve Din Bilimlerinde Lisansüstü Araştırmalar-I*, (Lisans Yayıncılık, 2022), 31, 34.

<sup>180</sup> Antonio R. Damasio, *Descartes'in Yanılgısı, (Duygu, Akıl ve İnsan Beyni)*, (Çev. Bahar Atlamaz), (3. Basım, Varlık Yayınları, 2006), 216.

<sup>181</sup> Bu konuda geniş bilgi için Bkz Hümeysra Ulu, “*Karar Vermede Çalışma Belleği Yükü Görevlilerinin Üniversite Öğrencileri Üzerinde Araştırılması*”, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019), s.24 ff.; Xu/Huang, (n 169), 2.

<sup>182</sup> Damasio, (n 172), 186; Yusufoglu, (n 170), 48; Ulu (n 173), 24; Tan (n 171), 34.

ikinci duygulardan<sup>183</sup> kaynaklanan hislerin özel bir örneğidir. Bu duygu ve hisler öğrenme yoluyla, belirli senaryoların gelecekteki tahmini sonuçlarına bağlanmışlardır. Olumsuz bir somatik işaretleyiciyle gelecekteki belirli bir sonuç yan yana geldiğinde, ortaya çıkan bileşim bir alarm zili işlevi görmektedir. Bunun karşılık, olumlu bir somatik işaretleyici ile yan yana geldiğinde ise, teşvik edici bir uyarı haline gelmektedir.<sup>184</sup> Bu durum somatik işaretleyici hipotezinin özünü meydana getirmektedir.<sup>185</sup>

Somatik işaretleyiciler ne yapmaktadır? **Damasio** bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

Somatik işaretleyiciler, dikkatimizi belirli bir eylemin neden olabileceği olumsuz sonuca yönelmeye zorlamakta ve otomatik bir alarm gibi çalışarak şu sinyali vermektedir: Eğer bu sonucu verecek seçeneği tercih edecek olursan, tehlikeye karşı dikkatli ol! Bu uyarı bireyi hemen olumsuz eylem tarzını reddetmeye ve dolayısıyla diğer seçenekler arasından seçim yapmaya yöneltebilir. Otomatik sinyal, bireyi daha fazla ileri gitmeden gelecekteki zararlara karşı himaye etmektedir. Daha sonra da daha az sayıdaki seçenek arasından seçim yapmasını sağlamaktadır.<sup>186</sup>

#### 4. Arabuluculuk Müzakerelerinde Yeniden Çerçeveleme

Çatışmalar çoğu kez, orantısız şekilde büyütülmüş anlaşmazlıklar şeklinde de tanımlanabilir. Çok defa taraflarca algılanan anlaşmazlık, gerçek anlaşmazlıktan çok daha abartılı olabilir. Bu abartılar; *bilişsel çarpıtmalar*, *olayı kişiselleştirmeler*, *zihin okumaya dayalı varsayımlar*, *bilişsel etiketlemeler*, *benmerkezci önyargılar*, *bilişsel abartmalar* ve *olayı gözünde büyütme eğilimi* şeklinde meydana gelebilir.<sup>187</sup>

<sup>183</sup> [(Duygu, düşünceden farklı olan bir beyin olgusudur. Duygu, kendi kimyasal ve fizyolojik temeli olan ve beyinde konuşulan özgün bir dil olarak tanımlanmaktadır. Limbik sistem, temel duygusal süreçlerden sorumlu ana beyin merkezidir ve duygunun oluşması için iki yol sunmaktadır. Bunlar; 1) amigdala tarafından tehlikenin sezilmesi, beyin ve vücuda acil tehlike sinyali yaymasıdır. 2) aynı bilginin thalamus aracılığı ile neokortekse iletilmesidir. (Hilal Çelik/Bilge Nuran Aydoğdu, “Duygu Odaklı Terapi: Psikoterapide Yeni Bir Yaklaşım”, (2018), (5), (2), e – Kafkas Eğitim Araştırmaları Dergisi, 50, 53). Duygular; **birincil** ve **ikincil duygular** olarak iki kategoride değerlendirilmektedir. 1) **Birincil duygular**, belirli bir duruma veya olaya karşı verilen ilk tepkilerdir. Durumlar karşısında anlık tepkiler olarak gelişen bu duygular, kendi içinde a) **Birincil İşlevsel Duygular** ve b) **Birincil İşlevsel Olmayan Duygular** olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. İlk olarak **Birincil İşlevsel Duygular**, değişen durumlar karşısında verilen içgüdüsel duygusal tepkiler şeklinde ifade edilmektedir. Duygusal zekânın ana kaynağı olan bu duygular, hayatta kalma dürtüsü ve bireyin refahı için bilgi sağlamak ve uyarıcı ortadan kalktığında da kaybolmaktadır. Buna bağlı olarak, bir ihlal meydana geldiğinde öfke, kayıp olduğunda üzüntü, tehdit olduğunda ise korku şekline bürünerek yaşamın devamı için fonksiyonel bir anlam yüklenmektedirler. Buna karşılık, **Birincil İşlevsel Olmayan Duygular** ise, bireyin duygusal sisteminde bir sorun oluştuğu zaman ortaya çıkan, zarar verici, oldukça yoğun hissedilen ve kurtulmak istenilen duygulardır. Bu duygular çok hızlı bir şekilde ortaya çıkmakta ve bireyin kontrol sistemini ele geçirmektedirler. Oluşumlarına neden olan uyarıcılar ortadan kalktığında bile devam etmektedirler (Çelik/ Aydoğdu (n 175), 54). 2) **İkincil Duygular**, birincil bir his veya düşünceye verilen yanıtlar veya bunlara karşı sergilenen savunmalar olarak tanımlanmaktadır. Bu duygular birincil duyguların tolere edilememesi ve engellenmesi sonucu meydana gelmekte ve işlevsel olan duyguların akışını engellemektedirler. Aslında İkincil duygular, esas olarak hissedilen başka bir birincil bir duyguyu gizlemek, saklamak veya maskeleyerek için kullanılan duygulardır. Örneğin hissedilen öfke genellikle, temelde üzüntü, değersizlik ve hayal kırıklığı gibi duyguları perdeleyen ve çoğunlukla altta yatan acı ve güçsüzlük duygularını saklayan bir maske şeklinde ortaya çıkmaktadır (Çelik/ Aydoğdu (n 175), 54)].

<sup>184</sup> Damasio, (n 172), 186.

<sup>185</sup> İbid, 186.

<sup>186</sup> İbid, 186.

<sup>187</sup> Samuel, (n 2), 63-64.

Arabuluculuk faaliyeti sırasında ortak oturumlarda arabulucular, özellikle taraflar arasında kilitlenen veya tıkanan iletişim engellerini ortadan kaldırmaya çalışarak, karşılıklı diyalog kurulmasını sağlayıp konuşmayı kolaylaştırarak, uyuşmazlığın olası sonuçlarını tahmin etmek için, tarafların psikolojisini anlamaya çalışmaktadır.<sup>188</sup> Arabuluculuk ile ilgili deneyimler, çoğu kez uyuşmazlıkların taraflar arasındaki iletişim eksikliği ve iletişim bozukluğundan kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Arabulucu bu eksiklikleri gidermeli, taraflar arasında karşılıklı anlayışa dayalı bir iletişim köprüsü kurulmasına yardım etmelidir. Çünkü bazı hallerde, tarafların anlaşamamalarının altında, söylenenlerin kabul edilemez olması değil, yanlış bir şekilde ifade edilmesi yatmaktadır. Böyle bir durum karşısında arabulucu, konuşmanın özünde herhangi bir değişiklik yapmadan ve fakat söylenilmek isteneni uyuşmazlığın karşı tarafına, onun kabul edebileceği bir şekilde iletilmesini sağlamalıdır.<sup>189</sup>

Diğer taraftan arabuluculuk müzakerelerinde ortak toplantılarda bir araya gelen tarafların, nihai bir çözüme ulaşmak için, karar verme aşamasına doğru ilerlerken birbirleriyle konuşmaları ve doğru şekilde iletişim kurmaları, gerçek sorunları anlamalarına ve her iki taraf için de kabul edilebilir çözümleri keşfetmelerine yardımcı olmaktadır.<sup>190</sup>

Uyuşmazlığın taraflarının farklı öznel gerçeklikleri nedeniyle her iki taraf arasında yanlış anlamalar hüküm sürdüğünde, bu durum çatışan tarafların birbirlerini suçlamalarına neden olmaktadır. İhtilafli tarafların birbiriyle uyuşmayan hikâyeleri olacağına bilincinde olan bir arabulucunun temel görevlerinden biri, nesnel gerçekliğin iki versiyonunu anlamak ve her iki taraf için de karşılıklı olarak kabul edilebilir üçüncü bir versiyonun oluşturulmasına yardımcı olmaktır.<sup>191</sup>

Arabulucular, oturumlar sırasında tarafların hikâyelerini anlatırken karşı taraf için kullandıkları sert, onur kırıcı, küçük düşürücü, incitici benzeri cümle ve ifadeleri -oldukları gibi yansıtmayarak-yeniden çerçeveleyerek ve yeniden ifade ederek, tarafların davranışlarında ve çatışmaya yaklaşımlarında değişiklik yapmaya çalışmaktadır. Arabulucular, bu oturumlarda yumuşak ifadeler kullanmak suretiyle, tarafların öznel gerçekliklerini yeniden gözden geçirmeye ve mümkün olduğu ölçüde nesnel gerçekliklerini aynı seviyeye getirmek için çaba harcamaktadır.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> İbid, 64

<sup>189</sup> Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016), 104-105.

<sup>190</sup> İbid, 64.

<sup>191</sup> İbid, 66.

<sup>192</sup> İbid, 66

## 5. Arabuluculuk Süreci Cephesinden Güven Duygusunun Kaybı ve Yeniden İnşası

Arabuluculuk sürecinde, arabulucunun tarafların bakış açılarını öznel gerçeklikten, nesnel gerçekliğe yönlendirme gayretinden önce, bu süreçte tarafların kendilerini tehdit altında hissetmemelerini sağlamak için onların güvenini kazanması gerekmektedir.<sup>193</sup> Soru şu ki; bu güven duygusu kaybedilmiş ise yeniden nasıl tesis edilecektir? Taraflar arasında çatışmalar yaşanmaya başladığında, doğal olarak önceden var olan güven duygusu da sarsılmaktadır. Dolayısıyla bu kaybolan veya kırılan güveni onarmak, çatışmaların yönetilmesi ve başarılı bir şekilde çözümlenmesi için büyük önem kazanmaktadır. Arabulucular, taraflar arasında güveni yeniden inşa etmeye çalışırken, *duygusal güven* ve *stratejik güven* arasında ayırım yapmaları gerekmektedir.<sup>194</sup> *Duygusal güven*, bir bireye karşı, onun güvenilirliği konusunda bize güven veren sıcak duygulara atıfta bulunurken; *Stratejik güven*, karşı tarafın menfaat veya beklentilerini karşılama hususundaki anlayışımız, yeteneğimiz ve istekliliğimize bağlı olarak inşa edilmektedir.<sup>195</sup> Duygusal güvenin yeniden inşası çok zaman alır ve arabulucu için de son derece zorlayıcı bir faaliyettir. Ancak konuya özgü olarak stratejik güvende durum böyle değildir. Bu bağlamda arabulucular taraflar arasında stratejik güveni geliştirmek için, tarafların menfaatlerine ve birbirlerinin kaygılarını nasıl tatmin edebileceklerine odaklanmaktadır. Taraflardan birinin, karşı tarafın menfaatlerini anlayamaması veya anlamak istememesi durumunda, aralarında stratejik güven oluşmayacaktır.<sup>196</sup>

Bir uyuşmazlık taraflarca, arabulucu önüne getirildiğinde, taraflar arasındaki güven seviyesi ya dibe vurmak üzeredir ya da çoktan dibe vurmuş durumdadır. Bunun başlıca sebebi iletişim boşluğudur. Böyle bir halde arabulucunun görevi, taraflar arasındaki güveni yeniden inşa etmek için iletişim yollarını tekrar hayata geçirmektir. Bununla birlikte, arabulucu için aynı derecede önemli olan husus, tarafların algısını değiştirmektir.<sup>197</sup>

Tarafların birbirlerini görme biçimleri, arabuluculuk sürecinde onların davranışlarını (veya durgunluklarını) belirlemektedir. Arabulucu tarafından bu süreçte kolaylaştırılan bilgi paylaşımı yoluyla, tarafların algıları iyileştirilebilir ve bu da onların bütüncül düşünmelerini sağlayarak, mantıksız hataların yol açabileceği zararlardan kurtarabilir.<sup>198</sup>

<sup>193</sup> İbid, 66.

<sup>194</sup> İbid, 75-76.

<sup>195</sup> İbid, 76.

<sup>196</sup> İbid, 76.

<sup>197</sup> İbid, 78-79.

<sup>198</sup> İbid, 79.



### III. Arabuluculukta Hukuk ve Psikolojisi İlişkisi

Hukuk ve psikoloji görünüşe bakıldığında, farklı disiplinler olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bireylerarası hukuki ilişkiler söz konusu olduğunda, bu iki ayrı alanın psikolojik ve hukuksal bağlamda ilişkilerinin iç içe geçtiği görülmektedir.

Hukuk profesyonelleri genellikle önlerine gelen uyuşmazlıklarda somut olayın hukuki boyutuna odaklanıp, çoğu defa psikolojik boyutunu arka plana atmaktadır. Zira onlar tarafından birincil olarak, somut uyuşmazlığa hangi kanun normlarının uygulanması gerektiği, dilekçenin nasıl hazırlanması ve yargılama aşamasında usul hukuku hükümleri gereğince davanın hangi mahkemede, nerede ve ne şekilde açılması gereği gibi konular üzerinde durulmaktadır. Bundan sonraki safha ise yargılamanın nasıl yürütülmesi gerektiği, tahkikat, deliller ve bilirkişi incelemeleri gibi hukuki ve aynı zamanda usule dair prosedürlerden oluşan uzun bir süreci kapsamaktadır. Burada hukuk profesyonelleri için en önemli olan husus, davanın nasıl kazanılacağı sorunsalı olmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığa konu olan hukuki probleme taraf olanların psikolojileri ikinci planda kalmaktadır. Ancak bazı hallerde gerçek sorun, buzdağı gibi görünen hukuki problemin altında yatan psikolojik etkenlere bağlı olabilmektedir. İşte tam da bu noktada hukuk ve psikolojinin birçok yönden yolları kesişmekte ve bu iki disiplin madalyonun iki yüzü gibi birbirlerini tamamlar hale gelmektedir.

Özellikle arabuluculuk faaliyetinde deneyimli arabulucular, hukukumuzda uyuşmazlığın tarafları arasında üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuktan kaynaklanan<sup>199</sup> ve davaya konu olabilecek bir hukuki problemi, arabuluculuk süreci içinde müzakereler yoluyla ve dünya literatüründe kabul görmüş çeşitli arabuluculuk modellerini, çatışma çözme becerileri ve etkili iletişim tekniklerini kullanarak olumlu şekilde bir çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte deneyim sahibi arabulucular, uyuşmazlığın hukuki boyutuna gelmeden önce, uyuşmazlığın taraflarının psikolojik sorunlarının aydınlığa ve açıklığa kavuşturulması noktasında, psikoloji biliminin insan davranışlarına ve karar verme süreçlerine ilişkin değerli verilerinin hukuka sağladığı katkılar yoluyla, uyuşmazlığın verimli bir şekilde çözümüne yardımcı olmaktadır.

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun varmak istediği nihai nokta, uyuşmazlığın taraflarının hukuk temelli arabuluculuk çözüm anlaşmasına ulaşmalarıdır. Bu anlaşma metninin hazırlanması ve içeriğinin nasıl tanzim edilmesi gerektiği gibi konular tamamıyla arabuluculuğun bu bölümünün hukuki zeminine dayanmaktadır. Fakat bunun mümkün olabilmesi için, hukuku ve psikolojiyi birlikte değerlendiren deneyimli arabulucular, uyuşmazlığın taraflarının nasıl düşündüğünü, nasıl hissettiğini ve nasıl davrandıklarını anlamaya çalışarak müzakereler sırasında karşılaştıkları

<sup>199</sup> 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.1/2

duygusal bariyerleri birer birer kaldırmak suretiyle nihai anlaşma noktasına gelmeye çalışmaktadır. Ancak bu aşamaya gelebilmek, hukuk ve psikolojinin birlikte iş birliği yapmasına bağlı bulunmaktadır. Bu bağlamda deneyim sahibi olan arabulucular, uyuşmazlığın taraflarının karar verme süreçlerinde bilişsel önyargıları ve duygusal etkileşimlerini fark ederek, onlar yönünden uyuşmazlığın çözümü için daha olumlu hukuki sonuçlar elde etme şansını yükseltmek amacıyla psikoloji biliminin sağladığı katkılardan büyük ölçüde yararlanmaktadır.

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere deneyimli arabulucular, arabuluculuk müzakerelerinde öncelikle çatışmanın tarafların üzerindeki psikolojik etkilerini anlamaya özen gösterirler. Çatışma halinde olan tarafların bu süreçte içinde buldukları duygu durumlarını, çatışma durumunda insan beyninin ilkel, duygusal ve düşünen beyin olmak üzere farklı yapılarının nasıl işlediğini ve bunun karar verme davranışını ve karar verme sürecini nasıl etkilediğini bilen arabulucular, tarafların uyuşmazlık hikâyelerini dinlerken, taraf psikolojisini anlamaya çalışmakta ve etkili iletişim tekniklerini kullanarak problem çözümüne odaklanmaktadır. Zira doktrinde *Elizabeth Bader* tarafından da belirtildiği üzere, arabuluculuk müzakereleri sırasında taraflardan birinin gururu incindiğinde, en kabul edilebilir olan teklifler bile inat uğruna reddedilebilecektir.<sup>200</sup>

Buna bağlı olarak çatışan tarafların öfke, hüsrana, kaygı, endişe ve hayal kırıklığı gibi olumsuz duygularının varlığı, onların mantıklı ve sağduyulu düşünüp, muhakeme ederek isabetli karar vermelerinin önüne geçecektir. Dolayısıyla böyle bir ortamda problemlerin sağlıklı bir çözüme ulaştırılması mümkün olmayacaktır.

Hukukumuzda arabuluculuk kurumu, hukuki uyuşmazlıkların dava yoluna gitmeden çözümü için kabul edilmiş hukuk temelli bir sisteme dayanmaktadır. Ancak arabuluculuğun esas doğası incelendiğinde, özünde çatışan tarafları tanımak, anlamak, doğru ve etkili iletişimi kurmak, çatışma yönetimi ve çözümünün tekniklerini bilmek ve bu yöntemlerin arabuluculuk müzakereleri sırasında nerede ve nasıl ve de ne şekilde kullanılacağını öngörmek, insan beynini oluşturan bileşenlerin ve insan psikolojisinin hukuki sorunlar karşısında nasıl hareket ettiğini veya harekete geçtiğini sözlü veya sözsüz iletişim yoluyla, ayna nöronlar, somatik işaretleyiciler aracılığı ile görmek ve buna göre yöntemler geliştirmek olduğu görülmektedir. Bu disiplinler arası konularda arabulucular tarafından başarılı yöntemler geliştirildiği takdirde, arabuluculuk müzakerelerinde hukuki sorunların ileriye dönük olarak daha kalıcı çözümler üretilerek çözülebileceği düşüncesini paylaşmaktayız.

<sup>200</sup> Bader (n 156), 185.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

**Acknowledgement:** I would like to thank my gratitude to Dr. Selçuk Gişi, the Deputy General Secretary in charge of Legislative and Oversight Services at the Turkish Grand National Assembly, for

## Bibliyografya/Bibliography

- Abanoz E, *Yürütücü İşlevlerin Olaya İlişkin Potansiyeller Yönetimiyle Sınırdaki Entelektüel İşlevsellik, Dikkat Eksikliği; Hiperaktivite Bozukluğu ve Sağlıklı Gruplarla Karşılaştırılması*, Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi, Uzmanlık Tezi, (2020).
- Acar H, *Karar Verme Tarzlarının Öz Yeterlilik ve Kaygı Düzeyleri Açısından İncelenmesi*, (Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış YLT, 2021).
- Akkirman D A, “Etkin Çatışma Yönetimi ve Müdahale Stratejileri”, (1998), (13), (2), D.E.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, 1.
- Akman A/Yakut E, “Kişiler Arası Çatışma Yönetimi Yaklaşımlarının Demografik ve Kontrol Değişkenleri Açısından İncelenmesi”, (2018), (7), (2), International Journal of Social Science Research, 188.
- Aktaş M. A, “Çatışma ve Çatışma Yönetimi Kavramına Güncel Bir Bakış”, (2019), (1), (2), Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 130.
- Akyeşilmen N, *Çatışma Yönetimi Kavramsal Bir Analiz, (Barışı Konuşmak, Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi)*, (1. Baskı, Pelikan Yayınevi, 2013).
- Al B, “The Effect of Teamwork and Conflict Management on Perceived Individual Performance”, (2022), (4), (1), Journal of Organizational Behavior Review, 64.
- Altıntaş D, “Markaların Yönünü Belirlemeye Yardımcı Bir Pusula: Pazarlama Penceresinden Hipokampusu Bakış”, (2020), (1), Sosyal Mucit Academic Review, 32.
- Alvarez A. J /Emory E, “Executive Function and the Frontal Lobes A Meta-Analytic Review”, (2006), (3) (16), Neuropsychology Review, 17.
- Azak A / T Sultan, “Klinik Karar Verme ve Hemşirelik”, 2009, (17), (3), Türkiye Klinikleri J. Med Ethics, 176.
- Bader E. E, “The Psychology of Mediation: Issues of Self and Identity and the IDR Cycle”, (2002), (10) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 183.
- Bakır Yiğitbaş Ş, “Risk ve Belirsizlik Altında Karar Verme Davranışı ve Nöroekonomi”, (2021), (7), (3), Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 25.
- Bechara A, “The Role of Emotion in Decision-Making: Evidence from Neurologica Patients With Orbitofrontal Damage”, (2004), (55), Brain and Cognition, 30.
- Behimehr S /Jamali R.H, “Cognitive Biases and Their Effects on Information Behavior of Graduate Students in Their Research Projects”, (2020), (8), (2), Journal of Information Science Theory and Practice, 18.
- Birke R, “Neuroscience and Settlement: An Examination of Scientific Innovations and Practical Applications”, (2010), (25), (2), Ohio State Journal on Dispute Resolution, 477.

- Bruine de Bruin W, “On Assessment of Decision Quality: Considerations Regarding Utility, Conflict and Accountability”, in D.Harman/L.Macchi (eds), *Thinking: Psychological Perspectives on Reasoning, Judgment and Decision Making*, (John Wiley & Sons, Ltd, 2003).
- Çağlayan A.O, *Örgütsel Çatışma Yönetimi ve Bir Araştırma*, (Pamukkale Üniversitesi SBE, Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YLT, 2006).
- Canbulat T, *Beyin Uyumlu Öğrenme Yaklaşımının İlköğretim 5. Sınıf Sosyal Bilgiler Dersinde Öğrencilerin Akademik Başarılarına, Yönetici İşlevlerine ve Akademik Benlik Saygılarına Etkisi*, (Dokuz Eylül Üniversitesi EBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014).
- Canlı E, *Örgütlerde Kişilerarası Çatışmalar*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2001).
- Çelik H/Aydoğdu N. B, “Duygu Odaklı Terapi: Psikoterapide Yeni Bir Yaklaşım”, (2018), (5), (2), e – Kafkas Eğitim Araştırmaları Dergisi, 50.
- Çiftınar B, “İkinci Dil Öğreniminde Beyin Temelli Kurgusal Yaklaşım”, (2012), (11), (1), Elementary Education Online, 107.
- Cook R/ Bird G/ Catmur C/ Press C/ Heyes C, “Mirror Neurons: From Origin to Function”, (2014), (37), Behavioral and Brain Sciences, 177.
- Cüceloğlu D, *İnsan ve Davranışı*, (15. Bası, Remzi Kitapevi, 2006).
- Dağ N, “Beyin Yapısı ve Fonksiyonu ile Beyin Araştırmaları Tarihine Bir Bakış” (2001), (15), (47), EKEV Akademi Dergisi, 1.
- Dağlı B/Sığrı Ü, “Çatışma Yönetiminde Liderin Arabuluculuk Rolü”, (2014), (1), Research Journal of Business and Management, 87,
- Damasio R. A, “Emotion in the Perspective of Integrated Nervous System”, (1998), (26), Brain Research Reviews, 83.
- Damasio R. A, *Descartes'in Yanılgısı, (Duygu, Akıl ve İnsan Beyni)*, (Çev. Bahar Atlamaz), (3. Basım, Varlık Yayınları, 2006).
- Diñç G/Özer Kaya D, “Karar Verme Süreciyle İlgili Beyin Yapıları: Derleme”, (2022), (11), (1), Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, 142.
- Diñçer Aydın U H, *Nörogirişimcilik: Yaratıcılık, Fırsat Tanıma ve Karar Verme Sürecine Yönelik Bir Araştırma*, (Pamukkale Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021).
- Doğan M. A, *Duygusal Boyutlar Kuramının Sinirsel Terapilerde Olası Kullanım Alanları*, (Üsküdar Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019), s.11.
- Doruk A/Uzun Ö, “Limbik Sistem”, (1997), (8), (1-4), Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, 10.
- Duman B, *Neden Beyin Temelli Öğrenme*, (3. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2015).
- Emhan A, “Karar Verme Süreci ve Süreçte Bilişim Sistemlerinin Kullanılması”, (2007), (6), (21) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 212.
- Erduran Avcı D /
- Yağbasan R, “Beyin Yarı Kürelerinin Baskın Olarak Kullanılmasına Yönelik Öğretim Stratejileri”, (2008), (28), (2), Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 1.
- Ertuğrul A/Rezaki M, “Prefrontal Korteks ve Şizofreni”, (2006), (16), (2), Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, 118.
- Ertürk Ç /Mutuş R, “Ayna Nöronların Aktivitesi ve Çeşitli Hastalıklar Üzerine Etkisi” (2022), (17), IGUSABDER, 648.
- Gold I. J/ Shadlen N. M, “The Neural Basis of Decision Making”, (2007), (30), The Annual Review of Neuroscience, 535.

- Gupta R / Kosciak R. T / Bechara A / Tranel D, “The Amygdala and Decision Making”, 2011, 49 (4), *Neuropsychologia*, 760.
- Gültekin T / Çoşkuner M, “Episodik-Anlamsal Bellek ev Bağ Yönetimi Yaklaşımında Anlamsal Belleğin İz’i”, 2017, (6), (32), *İdil Sanat ve Dil Dergisi*, 1155.
- Gümüşeli A. İ, *İzmir Ortaöğretim Okulları Yöneticilerinin Öğretmenler ile Aralarındaki Çatışmaları Yönetme Biçimleri*, (Ankara Üniversitesi SBÜ, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1994).
- Güt A / Baloğlu Sevinç S, “Nöro Pazarlama”, iç Yasin Yılmaztürk/Çağatay Akdoğan (ed), *Pazarlamada Seçme Konular: Kavramlar ve Çalışmalar*, (Özgür Yayınları 2023).
- Harı E/Cengiz C/Kılıç F/Yurdakoş E, “Ayna Nöron Sistemi ve Fonksiyonlarına Klinik Yaklaşım”, (2021), (84), (3), *İstanbul Tıp Fakültesi Dergisi*, 430.
- İçelliöğlü S, *Prefrontal Yönetici İşlevlere Duyarlı Iowa Gambling Testi ’nin Sağlıklı Türk Deneklerde Normatif Verilerinin Toplanması*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2008), 4;
- İçelliöğlü S, *Karar Verme Davranışında “Somatik İşaret Hipotezinin” Önemine Dair Gelişimsel Bir Çalışma*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013).
- İzci Y/Erbaş C.Y, “Hipokampus: Yapısı ve Fonksiyonları”, (2015), (25), (3), *Türk Nöroşir Dergisi*, 287.
- Iacoboni M, “Imitation, Empathy; and Mirror Neurons”, (2009), (60), *The Annual Review of Psychology*, 653, 665;
- Jehn A. K / Mannix A. E, “The Dynamic Nature of Conflict: A Longitudinal Study of Intragroup Conflict and Group Performance”, (2001), (44), (2), *The Academy of Management Journal*, 238.
- Jensen E, *Teaching with the Brain in Mind*, (2. Ed., Association for Supervision and Curriculum Development, 2005).
- Kaku M, *Zihnin Geleceği, Bilimin Zihni Anlamaya ve Geliştirmeye Yönelik Arayışları*, (3. Basım, ODTÜ Yayıncılık, 2016).
- Kara A/ Ünal B, “Östrojen ve Hipokampus İlişkisi”, 2010, 5 (3), *Türkiye Klinikleri Nöroloji Dergisi*, 167.
- Karçioğlu F / Alioğulları D. Z, “Çatışmanın Nedenleri ve Çatışma Yönetim Tarzları İlişkisi”, (2012), (26), (3-4), *AÜİİBD*, 215.
- Karip E, *Çatışma Yönetimi*, (7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, 2020).
- Kekeç E.K, Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, (3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016).
- Keren G / Miller E. C, “A Glossary of Terms and Concepts in Peace and Conflict Studies”, in Mary E. King (eds), (2. Ed., University for Peace, 2005).
- Keyzers C, “Mirror Neurons”, (2010), (19), (21) *Current Biology*, 971, 972;
- Kıral E, “Yönetimde Karar ve Etik Karar Verme Sorunsalı”, (2015), (6), (2), *Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi*, 73.
- Koçak K. Z, *Yöneticilerin Çatışma Yönetimi Stilleri ile Çalışanların İş Verimliliği Arasındaki İlişki ve Bir Araştırma*, (Aksaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2018).
- Koçak K.Z / Aktaş M. A, “Çatışma ve Çatışma Yönetimi Kavramına Güncel Bir Bakış”, (2019), (1), (2), *Niğde Ömer Halis Demir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 130.
- Korucu Ş. T / Özer Kaya D, “Düşünüyorum Öyleyse Yapacağım: Karar Verme ve Eylemi Başlatma Sürecinde Korteksin İşlevi”, (2021), (6), (3), *İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 199.

- Köksoy F, “Çatışma Yönetimi mi Yoksa Çatışma Çözümü mü? Barış Müzakere Sürecine Teorik Olarak Yaklaşmak”, (2018), 7 (2), Güvenlik Bilimleri Dergisi, 203.
- Köprülüoğlu M/Hareket S/Polat K/Özer Kaya D, “Ayna Nöronlar ve Güncel Rehabilitasyon Yaklaşımlarında Kullanımı: Geleneksel Derleme”, (2022), (7), (4), Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 1235.
- Küçükay A, “Karar Vermenin Psikolojisi”, (2018), (9), (35), TAAD, 607, 611.
- Lack J/ Bogacz F, “The Neurophysiology of ADR and Process Design: A New Approach to Conflict Prevention and Resolution”, (2012), (14), (1), Cardozo Journal of Conflict Resolution, 33.
- Lerner S. J/Li Y/ Valdesolo P/Kassam S. K, “Emotion and Decision Making”, (2015), (66), Annual Review of Psychology, 799.
- Metin A, “Yüz İfadelerinde Duygular: Derleme Çalışması”, (2019), (9), (10), (17), Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 2027.
- Maclean D. P, “The Brain’s Generation Gap, (2002), The Social Contract, 185.
- Missier D.F / Mäntyla T/ Bruine de Bruin W, “Executive Functions in Decision Making: An Individual Differences Approach”, (2010), (16), (2), Thinking & Reasoning, 60.
- O’Neill P. T, “Mirror Neurons, The New Neuroscience, And The Law, Some Preliminary Observations”, (2010), (39), Soutwestern Law Review, 499.
- Oral T, “Kadın Beyni-Erkek Beyni: Değiş(e)meyecek Farklılıklarımız” iç Yasemin Işıқтаç (ed), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu*, (Sümer Kitapevi, 2014), 77.
- Özcan Ş, *Çatışma Yönetimi*, (1. Bası, İksadyayınevi, 2021).
- Phillips-Wren G / Power J. D / Mora M, “Cognitive Bias, Decision Styles, and Risk Attitudes in Decision Making and DSS”, (2019), (28), (2), Journal of Decision Systems, 63,63.
- Qiu L/Su J/Ni Y/Bai Y/Zang X/Li X/ Wan X“The Neural System of Metacognition Accompanying Decision-Making in the Prefrontal Cortex”, 2108/4, PLOS Biology, 1.
- Rahim M. A, “Toward A Theory of Managing Organizational Conflict”, (2002), (13), (3), The International Journal of Conflict, 206.
- Rizzolatti G/Fogassi L, “The Mirror Mechanism: Recent Findings and Perspectives”, (2014), Philosophical Transactions of The Royal Society, 1.
- Saraçlı Ö/ Atasoy N/ Karaahmet E, “Yakın İlişkilerin Nörobiyolojisi”, (2012), (4), (4), Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 414.
- Samuel M, “Bridging Mediation and Psychology: Mediator’s Mindfulness and Raising”, (2017), (12), NALSAR Student Law Review 58.
- Savun M, “Emosyonların Psikolojisi”, 2008, (66), Prof. Dr. Ayhan Songar II. Davranış Fizyolojisi Sempozyumu, 85.
- Seçer E /Özer Kaya D, “Problem Çözme ve Karar Vermenin Nörobilişsel Süreci: Geleneksel Bir Derleme”, (2022), (7), (2), Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 588.
- Sodacı Karataş G, *Seçilen Çatışma Yönetimi Stratejisi ile Duygusal Emek Davranışı Arasındaki İlişki: Bir Saha Çalışması*, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019).
- Sourdin T/ Hioe A, “Mediation and Psychological Priming”, 2016, (35), (1), The Arbitrator & Mediator, 76,79. (<http://hdl.handle.net/1959.13/1344132>).
- Sökmen A./Yazıcıoğlu İ, “Thomas Modeli Kapsamında Yöneticilerin Çatışma Yönetimi Stilleri ve Tekstil İşletmelerinde Bir Alan Araştırması”, (2005), (1), Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, 1.

- Tan A, “Beyin Çalışmalarına Göre Sezgi ve Dinî Tecrübe”, iç İsmail Doğan/Enver Demirpolat/ Zeynep Sağır/Rahime Çelik (eds), *Felsefe ve Din Bilimlerinde Lisansüstü Araştırmalar-I*, (Lisans Yayıncılık, 2022).
- Tanır F/ Aktaş B/Keskin M/Özer Kaya D, “Ayna Nöronların Fiziksel, Sosyal ve Bilişsel Fonksiyonlar Üzerindeki Rolü: Geleneksel Derleme”, (2022), (7) (4), Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi, 1248.
- Thakore D, “Conflict and Conflict Management”, (2013), 8 (6), Journal of Business and Management, 7.
- Tokcan H, *Sosyal Bilimler Öğretiminde Bütünsel Beyin Yaklaşımı ile Modellendirilmiş Etkinliklerin Akademik Başarı ve Tutumlar Üzerine Etkisi*, Gazi Üniversitesi EBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007).
- Topalkara K/Arslan A, “Emosyon ve Otonom Sinir Sistemi”, 1999, (1), Türk Nöroloji Dergisi, (1999), (1), 61.
- Türnüklü A, “Lise Yöneticilerinin Çatışma Çözüm Strateji ve Taktiklerinin Sosyal Oluşturmacılık Kuramı Perspektifinden İncelenmesi”, (2005), (42), Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 255.
- Türnüklü A / Şahin İ, “İlköğretim Okullarında Öğrenci Çatışmaları ve Öğretmenlerin Bu Çatışmalarla Başa Çıkma Stratejileri”, (2002), (30), Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 283.
- Ulcay T/Kamaşak B, “Beyin İçindeki Yansımalar: Ayna Nöron Sistemi”, in Ahmet Özşimşek (ed). *Güncel Nöroloji Çalışmaları*, 2021, (3), 65.
- Ulu H, “Karar Vermede Çalışma Belleği Yükü Görevlilerinin Üniversite Öğrencileri Üzerinde Araştırılması”, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2019).
- Uzunlar H /Özer Kaya D, “Öğrenme, Problem Çözme ve Karar Vermenin Sinir Bilimi”, (2023), (10), (1), MCBU-SBED, 45.
- Ünal D/Aksak S/ Shin D. J / Jadhav P. S, “Multiple Modes of Hippocampal-Prefrontal Interactions in Memory-Guided Behavior”, (2016), (40), Current Opinion in Neurobiology, 161.
- Üngüren E, “Beynin Nöroanatomik ve Nörokimyasal Yapısının Kişilik ve Davranış Üzerindeki Etkisi”, (2015), (7), (1), Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, 193.
- Yener G. G, “Beyin-Sinir Ağları ve İlişkili Klinik Özellikler”, (2002), (5), Klinik Psikiyatri Dergisi, 135.
- Yusufoğlu C. C, *Stanislavski Sistemine Göre Psikoteknikte Eylemi Somatik İşaretleyici Hipotezi ile Ele Almak*, (Kadir Has Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış YLT, 2017).
- Zararsız İ/Sarsılmaz M, “Prefrontal Korteks”, (2005), (25), Türkiye Klinikleri Dergisi, 232.
- Zemelka M. A, “Theory of the Reptilian Brain in Neuromarketing in the Light of Neuroanatomy”, (2018), (3), (3), Theranostics Brain, Spine & Neural Disorders, 33.
- Xu F/ Huang L, “Electrophysiological Measurement of Emotion and Somatic State Affecting Ambiguity Decision: Evidences From SCRs, ERPs, and HR”, (2020), (11), Frontiers in Psychology, 1.







# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 27.12.2023  
Revizyon Talebi: 12.02.2024  
Son Revizyon Tarihi: 20.02.2024  
Kabul: 30.04.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Kaptanın Davada Temsil Yetkisini Düzenleyen TTK m. 1104 Hükmüne Eleştirel Bir Yaklaşım

Yasin Yavşan\*

### Öz

Kaptanın donatan adına dava açma yetkisi (TTK m. 1104/2) ile geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı açılan davada kaptanın temsil yetkisi (TTK m. 1104/3) çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle kaptan kavramı üzerinde durulmuştur. Ardından kaptanın sahip olduğu her iki yetkinin niteliği medenî usûl hukuku çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeye bağlı olarak söz konusu yetkilerin kapsam ve sınırları belirlenmiştir. Aynı başlık altında ayrıca kaptanın donatan adına yaptığı hukuki işlemlerde yetkisiz olması halinde, bu durumun kaptanın donatan adına dava açma yetkisine ve izafeten kaptana karşı açılan davada temsil yetkisine etkisi incelenmiştir. Son olarak her iki hükmün (TTK m. 1104/2, TTK m. 1104/3) yerindeliği hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Kaptan, Temsil Yetkisi, Dava Takip Yetkisi, Davaya Vekâlet Ehliyeti, Mahkemede Temsil

### A Critical Approach to Article 1104 of the Turkish Commercial Code Regulating a Shipmaster's Representation Authority in Court

### Abstract

The study's basis comprises the authority of a shipmaster to file a lawsuit on behalf of a shipowner (Turkish Commercial Code [TCC] Article 1104/2), as well as a shipmaster's representative authority in a lawsuit filed against the shipmaster with reference to the owner and the bareboat charterer of a foreign ship (TCC Article 1104/3). The study firstly emphasizes the concept of shipmaster before assessing the nature of a shipmaster's authorities in terms of civil procedure law. Based on this assessment, the study has determined the scope and limits of these authorities. Under the same heading, the study examines the effect of a shipmaster not being authorized regarding the legal transactions made on the shipowner's behalf in terms of the shipmaster's authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner, as well as the shipmaster's representative authority in a lawsuit filed against the shipmaster. Lastly, the study evaluates the appropriateness of both provisions.

### Keywords

Shipmaster, Representative Authority, Authorization To Pursue Court Proceedings, Proxy Competence In A Lawsuit, Representation Before The Court

\* **Sorumlu Yazar:** Yasin Yavşan (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: yasinyavshan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6032-5208

**Atf:** Yavşan Y, "Kaptanın Davada Temsil Yetkisini Düzenleyen TTK m. 1104 Hükmüne Eleştirel Bir Yaklaşım" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 207. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.007>



### *Extended Summary*

In accordance with Turkish Commercial Code (TCC) Article 1104/2, a shipmaster has the authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner for matters that fall under the shipmaster's duties. In accordance with TCC Article 1104/3, any lawsuits to be filed against the owner and the bareboat charterer of a foreign ship may also be served against the shipmaster. This study assesses to which institution in civil procedure law the two regulations in question correspond.

Firstly, when evaluating a shipmaster's authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner, two different views are present in the doctrine regarding this issue. According to one view, the shipmaster has the competence to conduct litigation. According to another view, the shipmaster has the authority of legal representation and can use this authority to file a lawsuit on behalf of the owner. Competence to conduct litigation refers to the authority to make a decision regarding the outcome of a request. A person with the competence to conduct litigation is also a party to the lawsuit. Legal representation refers to the representation of a person who has not been given the capacity to sue by a person appointed by law. This study is of the opinion that the regulation that gives a shipmaster the authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner does not take into account the shipmaster's competence to conduct litigation or legal representation but is instead an exception to the rule that the lawsuit is to be pursued through a lawyer in voluntary representation. In this regard, the shipmaster can be said to have proxy competence in a lawsuit. In this case, because the shipowner is party to the lawsuit, the judgment will be enforced against the shipowner.

Secondly, when evaluating the regulation that enables all kinds of lawsuits to be filed against a shipmaster with reference to the shipowner or bareboat charterer of a foreign ship, a similar conclusion should be reached here as well. Accordingly, the regulation that allows a lawsuit to be filed against the shipmaster provides an exception to the rule that the lawsuit will be pursued through a lawyer in voluntary representation.

A shipmaster may have taken legal action on behalf of the shipowner in regard to a matter for which the shipmaster was not authorized to represent the shipowner, or the shipmaster may have exceeded the limits of the shipmaster's authority to represent the shipowner, or this authority may have expired during the transaction. This undoubtedly affects a shipmaster's authority to represent the shipowner in court. If a shipmaster takes legal action on behalf of the shipowner as a representative despite not having the authority to represent, this action becomes binding on the owner only upon approval. Therefore, the shipmaster's authority to file a lawsuit on behalf of the owner in terms of disputes arising from such transactions depends on the shipowner's approval of said unauthorized legal action.

The authority of a shipmaster to file a lawsuit on behalf of the shipowner in disputes arising from transactions that exceed the limits of the power of representation should be evaluated within the framework of TCC Article 1106. Accordingly, the law states that a shipowner who has limited the shipmaster's authority to represent the owner can claim that the shipmaster did not comply with these restrictions only against those who know about these restrictions. Based on this principle, if a shipmaster exceeds the limits of the shipmaster's representation authority in the transactions the shipmaster carries out with third parties on behalf of the shipowner, whether or not the third party knows about these limitations plays an important role in determining the shipmaster's authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner.

Terminating a shipmaster's employment contract also terminates the shipmaster's authority to represent the shipowner in court. Therefore, in cases where the employment contract is terminated, the shipmaster loses the authority to file a lawsuit on behalf of the shipowner, nor is filing a lawsuit against the shipmaster possible anymore by referencing the owner or bareboat charterer of the relevant foreign ship.

Finally, it should be noted that the provisions of Article 1104/2 of the TCC and Article 1104/3 of the TCC correspond to § 527 and § 760 of the German Commercial Code. The reason for including these provisions in German Commercial Code is that, at the time the law was being drafted, communications between shipmaster and shipowner were practically impossible, and no companies were found to be engaged in international transportation, nor any foreign representative offices of these companies. With the developments in the field of technology and the emergence of large transportation companies, the need for a legal regulation regarding a shipmaster's authority to represent the shipowner in court no longer exists. As a result, these provisions were removed from the German Commercial Code.

## Kaptanın Davada Temsil Yetkisini Düzenleyen TTK m. 1104 Hükmüne Eleştirel Bir Yaklaşım

### Giriş

Kaptan, donatanın temsilcisi sıfatıyla birtakım hukuki işlem ve tasarrufları yapmaya yetkili kılınmıştır. Kaptanın söz konusu temsil yetkisi kanundan doğmaktadır. Nitekim TTK m. 1103, gemi bağlama limanında bulunduğu sırada kaptanın donatan adına yapmaya yetkili olduğu işlemleri hüküm altına alırken; TTK m. 1104, gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptanın donatan adına yapmaya yetkili olduğu işlemleri düzenlemektedir. Kaptanın hukuki işlemlerde temsil yetkisinin yanı sıra donatanı davada temsil yetkisi de bulunmaktadır. Çalışmamızda kaptana donatan adına dava açma yetkisi veren TTK m. 1104/2 ve izafeten kaptana dava açılmasını mümkün kılan TTK m. 1104/3 hükümlerinin medeni usûl hukukunda hangi müesseseye karşılık geldiği ve bu yetkilerin kapsam ve sınırları değerlendirilmiştir.

### I. Kaptan Tanımı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK)<sup>1</sup> kaptana ilişkin hükümler “Beşinci Kitap” “Üçüncü Kısım” altında 1088 ilâ 1118’inci maddeleri arasında yer almaktadır. Kaptana ilişkin bu hükümler esasen ticaret gemileri hakkında uygulama alanı bulur (TTK m. 935/1). Ancak TTK m. 935/2-a hükmü uyarınca Beşinci Kitabın “Kaptan” başlıklı kısmı, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti spor eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemiler hakkında da uygulama alanı bulur. Dolayısıyla çalışmamızda yapılacak açıklamalar ticaret gemilerinin yanı sıra, söz konusu gemiler bakımından da geçerlidir.

TTK’nda kaptanın gemi adamı olduğundan söz edilmekte (TTK m. 934) ancak herhangi bir tanıma yer verilmemektedir. Öğretide kaptan, deniz hukukunun donatandan sonra en önemli süjesi ve seferdeki geminin yegâne hâkimi olarak tanımlanmakta<sup>2</sup> ayrıca kaptanın gemiyi sevk ve idare eden kişi olduğuna işaret edilmektedir<sup>3</sup>.

Yasal düzenlemelerde düzenlemenin amacı doğrultusunda çeşitli kaptan tanımlarına yer verilmektedir. Nitekim Türkiye’nin taraf olduğu 1978 tarihli Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Uluslararası Sözleşme’nin<sup>4</sup> (STCW-

<sup>1</sup> RG: 14.02.2011, S: 27846.

<sup>2</sup> Tahir Çağa ve Rayegân Kender, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan)* (15. Baskı, On İki Levha Yayınları 2009) 186.

<sup>3</sup> Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku (Kender/Çetingil)* (17. Baskı, Filiz Kitabevi 2022) 301; Sami Okay, *Deniz Ticareti I: Giriş-Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları* (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1970) 333; Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku – I* (6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022) 315.

<sup>4</sup> 28.04.1984 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye katılmamız 20.04.1989 tarih ve 3539 sayılı kanun uyarınca uygun bulunmuştur. Bu kanun uyarınca 26.08.2003 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Sözleşmeye katılım gerçekleştirilmiştir.

78) Ek Bölüm I, Genel Hükümler, Kural I/1-c bendinde kaptan, “*bir gemiyi kumandası altında bulunduran şahıs*” olarak tanımlanmaktadır. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği<sup>5</sup> (GKKY) m. 3/ğ hükmüne göre kaptan, “*500-3000 GT arasındaki gemileri sevk ve idaresi altında bulunduran, ... gemiadamını*” ifade eder. Benzer şekilde Deniz İş Kanunu<sup>6</sup> m. 2/C hükmü uyarınca kaptan, “*gemiyi sevk ve idare eden kimseye veya zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekalet eden kimseye*” denir. Öğreti ve yasal düzenlemelerde yapılan tanımlar incelendiğinde, “*gemiyi sevk ve idare*” unsurunun ön plana çıktığı görülmektedir. Ancak ifade edilmelidir ki, sevk ve idare, kaptanın yalnızca gemi üzerindeki hakimiyetini değil, gemi adamları ve gemide görev yapan diğer kişiler üzerindeki hakimiyetini de kapsamaktadır<sup>7</sup>. Bu bilgiler ışığında kaptan, “*gemi adamı yeterlilik belgesine (GKKY m. 3/y) dayanarak gemiyi sevk ve idare eden ve aynı zamanda gemide çalışanları idare eden kişi*” şeklinde tanımlanabilir.

## II. Kaptanın Temsil Yetkisine İlişkin Esaslar

Temsil, bir kişinin hukuki işlemi bir başka kişinin ad ve hesabına yapması ve böylece işlemin hukuki sonuçlarının bu kişi üzerinde doğmasını ifade eder<sup>8</sup>. Temsil yetkisi, temsil olunanın iradesine dayanabileceği gibi, kanuna da dayanabilir. Temsil yetkisinin temsil olunanın iradesine dayandığı hallerde iradi temsil, kanuna dayandığı hallerde ise kanuni temsil söz konusudur. Kanuni temsilde temsil yetkisi ve bu yetkinin kapsamı bizzat kanun tarafından belirlenmektedir. Bu bağlamda kaptanın temsil yetkisi ve kapsamı TTK m. 1103 vd. hükümlerinde öngörüldüğünden, bu yetki kanuni temsil niteliğindedir.

Kaptanın donatanı temsil yetkisini öngören TTK m. 1109/1 hükmü uyarınca, “*Donatan, kaptanın onun adına hareket ettiğini bildirerek veya bildirmeyerek, gemiyi sevk ve idare eden kişi sıfatıyla kanuni yetkileri dâhilinde yaptığı hukuki işlemlerden dolayı üçüncü kişilere karşı hak iktisap eder ve borç altına girer*”. Kaptanın kanuni yetkileri çerçevesinde yapabileceği hukuki işlemlerin tespit edilebilmesi için öncelikle donatanı temsil yetkisinin kapsamı belirlenmelidir. Kaptanın donatanı temsil yetkisinin kapsamı geminin bağlama limanında bulunup bulunmamasına göre değişiklik göstermektedir. TTK m. 1103/1 hükmü uyarınca, gemi bağlama limanında bulunduğu sırada kaptanın yapmış olduğu hukuki işlemler kural olarak donatanı bağlamaz<sup>9</sup> ancak kaptana ayrıca özel bir yetki verilmiş yahut borç, diğer bir özel borçlandırıcı

<sup>5</sup> RG: 10.02.2018 T., S: 30328.

<sup>6</sup> RG: 29.04.1967 T., S: 12586.

<sup>7</sup> Yazıcıoğlu (n 3) 301.

<sup>8</sup> M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* C. 1 (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 224.

<sup>9</sup> Bu durumda yetkisiz temsil hükümleri (TBK m. 46-47) uygulanmalıdır (Bkz. Kerim Atamer, ‘Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu-2. Bölüm’ (2013) C. 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan 463-464).

sebep<sup>10</sup> doğmuşsa, bu durumda donatan bu işlemlerle bağlıdır. Bu kapsamda kaptan, gemi bağlama limanında bulunduğu sırada, gemi adamı tutabilir<sup>11</sup> (TTK m. 1103/2), kurtarma sözleşmesi akdedebilir (TTK m. 1300) veya taşıyan ad ve hesabına konişmento düzenleyebilir (TTK m. 1228/2). Bunun dışında, gemi bağlama limanında iken kaptanın yakıt tedariki veya kumanya satın alabilmesi onun özel olarak bu konuda yetkilendirilmesine bağlıdır. Buna karşılık gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptan, geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir halde tutulmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesine ilişkin her türlü işlem ve tasarrufları üçüncü kişilerle donatan adına yapmaya yetkilidir (TTK m. 1104/1). Ayrıca taşıma sözleşmeleri akdetmek (TTK m. 1104/2), taşıyan ad ve hesabına konişmento düzenlemek<sup>12</sup> (TTK m. 1228/2) ve kredili işlemleri yapmak (TTK m. 1105/1) da kaptanın yetkileri arasındadır. Kaptan ayrıca TTK m. 1105/1 hükmü uyarınca, gerekli miktarda ödünç para veya verisiye mal almaya ve benzeri kredi işlemlerini yapmaya yetkilidir. Ancak bunun için geminin korunması veya yolculuğun yapılması için zorunluluk bulunması ve bu ihtiyaçların karşılanabilmesi için gereklilik söz konusu olmalıdır. Kaptanın yapmaya yetkili olduğu söz konusu işlemlerin geçerliliği, işlemin amaca uygun veya bu işlemle sağlanan para veya diğer şeylerin fiilen geminin korunması veya yolculuk yapmak için kullanılmış olup olmamasına bağlı değildir (TTK m. 1105/2). Ancak üçüncü kişi, kaptanın yetkisiz olduğunu veya sağlanan krediyi başka bir amaçla kullanma niyetinin bulunduğunu biliyorsa yahut bunları bilmemesi ağır bir ihmal oluşturuyorsa, donatan kaptanın yaptığı işlem ile bağlı değildir (TTK m. 1105/2). Gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptanın sahip olduğu bir diğer yetki, donatan adına kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisidir. Ancak donatanın bu taahhütlerden şahsen sorumlu olması donatan tarafından kaptana açık bir temsil yetkisi verilmesine bağlıdır (TTK m. 1105/3).

### III. Kaptanın Davada Temsil Yetkisinin Yargılama Hukukunda Yol Açtığı Sorunlar

#### A. Genel Olarak

Kaptanın temsil yetkisi hukuki işlemlerde temsil yetkisi ve davada temsil yetkisi olmak üzere iki ayrı başlığa ayrılabilir. Hukuki işlemlerde temsil, bir kişinin (temsilcinin) bir hukuki işlemi başkası (temsil olunanın) ad ve hesabına yapması ve

<sup>10</sup> “Diğer bir borçlandırıcı sebep” ile vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme gibi yasal borç sebeplerinin ifade edilmek istendiği yönünde bkz. Atamer (n 9) 464.

<sup>11</sup> Bu yetki kapsamında kaptan, donatanı temsilen gemi adamları ile hizmet sözleşmesi akdedebilir. Kaptanın söz konusu yetkiye sahip olması donatanın gemi adamı ile bizzat sözleşme akdedebilmesine engel değildir. Ancak donatan tarafından istihdam edilen gemi adamının gerekli niteliklere sahip olmaması halinde, kaptanın bu gemi adamı ile çalışma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira kaptan TTK m. 109 hükmü uyarınca gemiyi yola elverişli bulundurmakla yükümlüdür (Bkz. Çağa ve Kender (n 2) 192).

<sup>12</sup> Gemi bağlama limanında bulunsun ya da bulunmasın kaptanın taşıyan ad ve hesabına konişmento düzenleme yetkisine sahip olduğu yönünde bkz. Yazıcıoğlu (n 3) 308; Donatanın aynı zamanda taşıyan sıfatını haiz olmadığı hallerde, konişmentonun taşıyanı temsilen düzenlenmesi asıldır (Bkz. Sözer (n 3) 451).

bu işleme dair hukuki sonuçların bu kişinin (temsil olunanın) uhdesinde doğmasını ifade eder<sup>13</sup>. Davada temsil ise, vekil tarafından davacı veya davalı taraftan birinin yerine ve onun adına davanın yürütülmesi için gerekli işlemlerin yapılmasıdır<sup>14</sup>.

TTK m. 1104/2 hükmü kaptanın dava açma yetkisini düzenlerken, TTK m. 1104/3 hükmü kaptana karşı dava veya takip yöneltilebilmesini hüküm altına almaktadır. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında kaptanın mahkemede temsil yetkisi iki ihtimali kapsamaktadır. Bunlar; kaptanın donatan adına dava açması ve kaptana karşı dava veya takip açılması halleridir.

## B. Kaptanın Dava Açma Yetkisi

### 1. Kaptanın Dava Açma Yetkisinin Niteliği

TTK m. 1104/2 hükmü uyarınca, “...görevlerine giren hususlarda dava açmak da kaptanın yetkisi kapsamındadır”. Kaptanın dava açma yetkisini hüküm altına alan söz konusu düzenlemenin hangi usûl hukuku müessesesine karşılık geldiğinin tespiti, buna bağlı olarak ortaya çıkacak sonuçlar bakımından oldukça önemlidir. Öğretide bu hususta iki ayrı görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre<sup>15</sup>, kaptanın bu yetkisi usûl hukukunda dava takip yetkisine karşılık gelmektedir ve kaptan dilerse davayı avukatla takip ettirebilir. Bir diğer görüşe göre<sup>16</sup>, ilgili hüküm kanun sistematüğinde “Kanundan doğan temsil yetkisi” başlığı altında düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu hükümde kaptanın dava takip yetkisi değil, kanuni temsil yetkisi öngörülmektedir. Bu çerçevede kaptan, donatanın kanuni temsilcisi olarak dava açabilir, bu durumda davada taraf sıfatı donatana aittir.

Bu konudaki görüşümüzü açıklamadan önce “dava takip yetkisi” ve “davada temsil” hakkında açıklamalara yer vermenin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

### i. Dava Takip Yetkisi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>17</sup> (HMK) m. 53 hükmü uyarınca, dava takip yetkisi<sup>18</sup>, “*talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir...*”. Öğretiye göre dava takip yetkisi, bir kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka ilişkin olarak dava

<sup>13</sup> Oğuzman ve Öz (n 8) 224.

<sup>14</sup> Abdurrahman Kavasoğlu, *Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2007) 140.

<sup>15</sup> Atamer (n 9) 466.

<sup>16</sup> Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi İstanbul* (On İki Levha Yayınları 2020) 317, 318; Aynı yönde bkz. Cenk Murat Ersözlü, *Kaptanın Özel Huktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri İle Hukuki Sorumluluğu* (Beta Yayınları 2000) 123; Cafer Sadık Akyol, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2022) 128.

<sup>17</sup> RG: 04.02.2011 T., S: 27836.

<sup>18</sup> Umar, dava takip yetkisi kavramı yerine “*usulü yürütme yetkisi*” kavramını kullanırken (Bilge Umar, ‘Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet’ (1963) 29 (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 617), Üstündağ, “*davayı sevk yetkisi*” kavramını kullanmaktadır (Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku C. I* (7. Baskı, Nesil Matbaacılık 2000) 240).

açabilme ve talep sonucu hakkında kendi adına hüküm alabilme veya aleyhine açılan davada savunma yapabilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır<sup>19</sup>. HMK m. 53 hükmü uyarınca dava takip yetkisi, kural olarak, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Tasarruf yetkisi ise hakkın özüne mündemiçtir<sup>20</sup>. O halde dava takip yetkisi, kural olarak hakkın sahibine, yani maddi hukuk ilişkisinin tarafına aittir<sup>21</sup>. Ancak bazı hallerde dava takip yetkisi, maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan, başka bir ifade ile hakka yabancı kişiye ait olabilir. Bu durum öğretide “bağımsız dava takip yetkisi (dava yetkinliği)” şeklinde adlandırılmaktadır<sup>22</sup>. Bağımsız dava takip yetkisi, kural olarak<sup>23</sup>, kanundan doğmaktadır<sup>24</sup>. Bu bağlamda bağımsız dava takip yetkisi, kişinin sahip olduğu hak üzerindeki tasarruf yetkisinin kısmen veya tamamen kanun koyucu tarafından kaldırıldığı yahut tasarruf yetkisi devam etmesine rağmen, bu yetkinin bir başkasına da verildiği hallerde ortaya çıkar<sup>25</sup>. İlk durumda, hakka sahip olan tarafın dava takip yetkisi kaldırılmakta ve hukukî ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişiye verilmekte iken<sup>26</sup>; ikinci durumda, hakka sahip olan kimsenin dava takip yetkisi devam etmekte fakat maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişi de dava takip yetkisi ile donatılmaktadır<sup>27</sup>. Dava takip yetkisinin hakka yabancı üçüncü kişi tarafından kullanıldığı her iki durumda da davanın tarafı hak sahibi değil, dava takip yetkisine sahip olan kişidir<sup>28</sup>. Ancak bu durum onu hakkın sahibi veya yükümlüsü yapmamaktadır<sup>29</sup>. Dolayısıyla, hakka yabancı üçüncü kişinin davacı veya davalı konumunda bulunduğu davada, onu iradî ya da kanuni temsilci olarak adlandırmak mümkün değildir<sup>30</sup>.

<sup>19</sup> Umar (n 18) 617; Yavuz Alangoya, ‘Yargılama Sırasında Tarafata (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler’ (1969) 5 Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 138; Nevhis Deren Yıldırım, *Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükümün Sınırları (Kesin Hükümün Üçüncü Kişilere Sirayeti Sorunu)* (Melisa Matbaacılık 1996) 24; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (5. Baskı, Alkim Yayınevi 2009) 117; Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 1* (15. Baskı, On İki Levha Yayınları 2017) 593; Serdar Kale, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti* (On İki Levha Yayınları 2010) 24; Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği* (Yetkin Yayınları 2014) 86; Levent Börü, ‘Sıfat ve Dava Takip Yetkisi’ (2011) 27(3) Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi 258.

<sup>20</sup> Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 560.

<sup>21</sup> Bu durum öğretide “bağımlı dava takip yetkisi” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Deren Yıldırım (n 19) 24; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 594.

<sup>22</sup> Deren Yıldırım (n 19) 24; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 19) 118; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 596.

<sup>23</sup> “İradî dava takip yetkisi” için bkz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin Yayınları 2018) 248; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 597, dn. 130.

<sup>24</sup> Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 597.

<sup>25</sup> Alangoya (n 19) 139; Deren Yıldırım (n 19) 29 vd.; Börü, ‘Sıfat’ (n 19) 270.

<sup>26</sup> Örneğin iflasın açılması ile birlikte, müflisin hacze kabil bütün mal, alacak ve hakları kendiliğinden iflas masasını oluşturur (2004 sayılı İcra İflas Kanunu-İİK m. 184/1) ve müflisin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer (İİK m. 191/1). Buna bağlı olarak müflisin dava takip yetkisi de sona erer. Burada kanun koyucu borçlunun sahip olduğu dava takip yetkisini kaldırarak bu yetkiyi hakka yabancı olan iflas idaresine vermiştir (İİK m. 226). Bu aşamadan sonra, iflas masasını oluşturan mallara ilişkin davalar iflas idaresine karşı açılır, yine masa mallarına dair açılması gereken davalar ise iflas idaresi tarafından açılır.

<sup>27</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, ilk durum için “zorunlu dava takip yetkisi” terimini kullanırken, ikinci durum için “paralel dava takip yetkisi” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 23) 246, 247.

<sup>28</sup> Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 19) 140; Deren-Yıldırım (n 14) 28; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 599, 600; Börü, ‘Sıfat’ (n 19) 258; Taş Korkmaz (n 19) 87; Dava takip yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanıldığı davalarda taraf rollerinde değişiklik olmayacağı yönünde bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 1* (6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık 2001) 1155; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi* (Mimoza Yayınları 1997) 19-20, dn. 67.

<sup>29</sup> Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 601.

<sup>30</sup> Umar (n 18) 617 vd.; Deren Yıldırım (n 19) 28; Taş Korkmaz (n 19) 87 vd.



## ii. Davada Temsil

HMK m. 71/1 uyarınca, dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir. Buna göre, dava ehliyetine, başka bir ifade ile medenî hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip olan herkes açtığı veya aleyhine açılan davayı bizzat takip edebilir. Dava ehliyeti bulunmayan kişilerin davada usûl işlemlerini geçerli bir şekilde yapabilmeleri, dolayısıyla davayı sağlıklı bir şekilde yürütüp sonuçlandırabilmeleri mümkün olmadığından bu kişilerin davada temsiline kanun tarafından görevlendirilen kişiler tarafından gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır (HMK m. 52). Bu kişiler “*kanuni temsilci*” olarak adlandırılmaktadır<sup>31</sup>. Kanuni temsilde, temsilcinin hangi yetkilere sahip olduğu, temsiline hangi durumlarda söz konusu olacağı ve hangi durumlarda sona ereceği kanunla düzenlenmektedir<sup>32</sup>.

Dava ehliyetine sahip olup da kendisinin açtığı veya kendisine karşı açılan davayı bizzat takip etmek istemeyen bir kimse iradî olarak vekil atayıp, davayı vekil aracılığı ile takip edebilir. Bu durumda “*iradî temsil*” söz konusudur<sup>33</sup>. Davayı vekil aracılığı ile takip etmek isteyen kişi temsilciye temsil yetkisi vermelidir. Temsil yetkisinin verilmesi müstakbel temsilciye yapılacak tek taraflı irade beyanı ile olur. Bu noktada, temsil için yetki verene “*müvekkil*”, bu yetkiyi alana da “*vekil*” adı verilir. Ayrıca vekile verilen temsil yetkisini gösterir yazılı belgeye vekâletname adı verilir. Vekâlet sözleşmesi ise, vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkiyi düzenler<sup>34</sup>.

## iii. Değerlendirmelerimiz

Kaptan, tarafı olduğu maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanan dava bakımından şüphesiz dava takip yetkisine sahiptir. Örneğin kaptan, tek tarafın kusuruyla gerçekleşen çatma sebebiyle bizzat uğramış olduğu bedensel zararın tazmini için dava takip yetkisine dayanarak kusurlu donatana karşı dava açabilir, bu davayı yürütebilir ve kendi adına esas hakkında hüküm alabilir. Buna karşılık, maddi hukuk ilişkisinin taraflarından birinin donatan olduğu, kaptanın ise söz konusu ilişkiye yabancı olduğu (hak sahibi olmadığı) hallerde kaptanın dava takip yetkisine sahip olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmü uyarınca, “*Taşıma sözleşmeleri yapmak ve görevlerine giren hususlarda dava açmak da kaptanın yetkisi kapsamındadır*”. Görüldüğü üzere hükümde donatanın tasarruf yetkisinin kaldırıldığından söz edilmemektedir. Dolayısıyla kaptanın dava açma yetkisinin

<sup>31</sup> Dava ehliyeti olmayan gerçek kişiler davada kanuni temsilcileri (veli, vasi veya duruma göre kayyım) tarafından temsil edilirler. Tüzel kişiler ise, yetkili organları tarafından temsil edilir (HMK m. 52).

<sup>32</sup> Taş Korkmaz (n 19) 667.

<sup>33</sup> Kanuni temsilci, temsil yetkisini kendisi kullanmayıp vekile bu yetkiyi bıraktığı hallerde de iradî temsilden söz etmek gerekir.

<sup>34</sup> Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 19) 676.

bulunduğu hallerde donatanın dava takip yetkisi devam etmektedir. Bu bağlamda hakkın sahibi olan donatanın dava takip yetkisinin devam ettiği ve kanun koyucu tarafından kaptana da dava takip yetkisi tanındığı ileri sürülebilir. Ancak bu görüş, kanaatimizce üç açıdan yerinde değildir. İlk olarak belirtilmelidir ki, hak sahibinin dava takip yetkisinin devam ettiği aynı zamanda üçüncü kişiye de bu yetkinin tanındığı diğer yasal düzenlemelerde, kanun koyucunun, üçüncü kişiye dava takip yetkisi tanıyarak üçüncü kişiyi korumayı hedeflediği anlaşılmaktadır<sup>35</sup>. Oysa TTK m. 1104/2 hükmünde hak sahibi donatan tarafından dava takip yetkisinin kullanılmaması kaptan bakımından herhangi bir olumsuz sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla kaptanın korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. İkinci olarak, TTK m. 1104 hükmü TTK sistematüğünde “Kanundan doğan temsil yetkisi” ana başlığı ve “Donatanın temsilcisi sıfatıyla” alt kenar başlığı altında düzenlenmektedir. Yine işaret edilmelidir ki, kanunun gerekçesinde söz konusu hükmün kaptanın temsil yetkisi ile ilgili olduğu ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Son olarak Alman öğretisinde, TTK m. 1104/2 hükmünün kaynağı niteliğindeki Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetz Buch-HGB) mülga hükmü § 527/2 ile kaptanın dava takip yetkisinin (prozeßstandschaft) değil, donatanı davada temsil yetkisinin düzenlendiği<sup>37</sup> ve buna bağlı olarak davada taraf sıfatının (aktivlegitimation) donatana ait olduğu<sup>38</sup> ileri sürülmektedir. Bu bilgiler ışığında meseleye davada temsil müessesesi çerçevesinde yaklaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Kaptanın dava açma yetkisinin bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olması akla ilk olarak kanuni temsili getirmektedir. Ancak kanaatimizce, kaptanın davada donatanı temsili “kanuni temsil” olarak nitelendirilemez. Zira HMK m. 52 hükmü uyarınca yalnızca dava ehliyeti olmayanlar davada kanuni temsilcileri, tüzel kişiler ise yetkili organları tarafından temsil edilir. Oysa kaptana tanınan donatanı davada temsil yetkisi, donatanın dava ehliyeti olmamasından, başka bir ifade ile medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmamasından kaynaklanmamaktadır. Ayrıca donatanın tüzel kişi olması halinde, kaptanın donatanın yetkili organı olduğundan da söz edilemez. Kaptanın kanuni temsilci olmadığı yönündeki tespitin ardından kaptanın durumu iradi temsil kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir.

<sup>35</sup> İİK m. 120/2: “Aynı suretle hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına halel gelmemek şartıyla üzerlerine alabilirler”; TMK m. 562/1: “Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâsı hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler.”

<sup>36</sup> Bu husus hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “...yabancı bayraklı gemilerin maliklerine veya kiracılarına açılacak dava ve takipler bakımından bu hükmün genelleştirilmesi ve her türlü dava ve takip hakkında uygulanması gerekli görülmüştür. Bu sebeple, hükmün kaptanın temsil yetkisi ile ilgili 1104 üncü maddeye alınması gerekmektedir.”

<sup>37</sup> Hans Wüstendörfer, *Neuzeitliche Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts* (Zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Verlag J.C.B. Mohr 1950) 202; Heinz Prüssmann ve Dieter Rabe, *Seehandelsrecht: fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (4. Auflage, Verlag C. H. Beck 2000) 276, 277; Hans Jürgen Abraham ve Georg Schaps, *Das deutsche Seerecht Kommentar und Materialsammlung, Zweiter Band* (Walter de Gruyter & Co. 1962) 217.

<sup>38</sup> Prüssmann ve Rabe (n 37) 276, 277.

Dava ehliyeti bulunan donatan, davasını bizzat açık takip edebileceği gibi, davanın takibi için vekil de atayabilir (HMK m. 71). Hukukumuzda davanın vekil (avukat) aracılığı ile takip edilmesi zorunlu değildir. Ancak donatan, davasını vekil aracılığıyla takip etmek istemesi halinde, dava takibini 1136 sayılı Avukatlık Kanunu<sup>39</sup> (AvK) m. 35/1 hükmü uyarınca sadece baroya kayıtlı avukatlardan birisi aracılığı ile yapabilir. Esas kural bu olmakla birlikte, AvK m. 35/4 hükmü diğer kanun hükümlerini saklı tutmaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce, kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmü iradi temsilde davanın avukatla takip edileceği kuralının bir istisnasını öngörmektedir. Dolayısıyla kanun sistematüğinde yer verilen “Kanundan doğan temsil yetkisi” üst kenar başlığı kaptanın kanuni temsil yetkisine sahip olduğu şeklinde değil, AvK m. 35/4 hükmü ile saklı tutulan iradi temsilde istisna halinin kanuni dayanağı şeklinde anlaşılmalıdır<sup>40</sup>. Bu düşünceden hareketle kaptanın davaya vekâlet ehliyetine<sup>41</sup> sahip olduğu ve TTK m. 1104/2 hükmünün kaptanın davaya vekâlet ehliyetinin kanuni dayanağını oluşturduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Ulaştığımız bu neticeye bağlı olarak donatanın davada kaptan tarafından temsil edildiği hallerde, davanın tarafı donatandır. Dolayısıyla davanın sonuçları donatanın malvarlığı üzerine etki eder.

## 2. Kaptanın Dava Açma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları

### i. Dava Açma Yetkisinin Kapsamı

Kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmünün usûl hukukunda davada temsil müessesesine karşılık geldiği tespitinin ardından söz konusu temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları üzerinde durulmalıdır.

Kaptanın donatanı mahkemede temsil yetkisinin kapsamı HMK m. 73 ve 74 hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir. Buna göre kaptan, donatanı temsilen açtığı davada özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak kaydıyla, hüküm verilmeye kadar davanın takibi için gereken bütün işlemleri ve hükmün yerine getirilmesi için gereken işlemleri yapabilir, ayrıca yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz verebilir ve bu işlemlerin tamamı kendisine karşı da yapılabilir (HMK m. 73/1). Buna karşılık açıkça özel yetki verilmemiş ise kaptan; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, haczi kaldıramaz, tahkim ve hakem

<sup>39</sup> RG: 07.04.1969 T., S: 13168.

<sup>40</sup> Öğretide bazı yazarlar, AvK m. 35/4 hükmünden hareketle kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen hükmün (TTK m. 1140/2) davada avukatla temsil edilme kuralının (AvK m. 35/1) bir istisnası teşkil ettiğini haklı olarak savunmakta, buna karşılık kaptanın dava açma yetkisini kanuni temsil ile açıklamakta ve kaptanın kanuni temsilci olduğunu ileri sürmektedirler (bkz. Dişel (n 16) 317, 318; Ersözlü (n 16) 123; Akyol (n 16) 127, 128). Ancak yukarıda açıkladığımız gerekçelerle kaptanın kanuni temsilci olduğu görüşüne katılmamız mümkün değildir.

<sup>41</sup> Davanın tarafları dışında üçüncü bir kişinin vekil sıfatıyla davayı yürütebilmesi için sahip olması gereken ehliyeti ifade eder. Bkz. Levent Börü, *Medeni Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006) 23.

sözleşmesi yapamaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz (HMK m. 74). Bu noktada tevkil işlemi için ayrıca parantez açılmalıdır. Kaptan şüphesiz temsil yetkisini bizzat kullanmak zorunda değildir; tevkil işlemi ile dava takibini avukata bırakabilir. Ancak bu işlem için donatan tarafından kaptana ayrıca özel yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>42</sup>. Zira kaptanın donatanı davada temsil yetkisi kanun hükmüne dayanmaktadır. Ayrıca dava açıldığı sırada geminin bağlama limanı dışında olduğu dikkate alındığında, kaptanın donatandan özel yetki almasını beklemek kanunda öngörülen birtakım sürelerin kaçırılmasına sebep olabilir.

## ii. Dava Açma Yetkisinin Sınırları

Kaptanın dava açma yetkisi (davaya vekâlet ehliyeti) kanun koyucu tarafından “kişi”, “yer” ve “konu” bakımından sınırlandırılmıştır. Dava açma yetkisinin kişi bakımından sınırlandırılması, kaptanın sadece donatan adına dava açabilmesini ifade etmektedir. Nitekim kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmü kanun sistematğinde “Donatanın temsilcisi sıfatıyla” üst başlığı altında düzenlenmektedir. Dolayısıyla kaptan, dava açma yetkisini yalnızca donatanı temsilen kullanabilir. Buna karşılık kaptanın kiracı, malik, intifa hakkı sahibi ve gemi yöneticisi<sup>43</sup> adına dava açabilmesi mümkün değildir<sup>44</sup>.

Dava açma yetkisinin yer bakımından sınırlandırılmasında geminin bağlama limanı esas alınmıştır. Bu çerçevede, Türk veya yabancı bayraklı gemi bağlama limanında<sup>45</sup> bulunduğu sırada, kaptanın donatan adına dava açma yetkisinden söz edilemez. Buna karşılık, Türk veya yabancı bayraklı gemi bağlama limanı dışında bulunuyorsa kaptanın dava açma yetkisi mevcuttur (TTK m. 1104/2)<sup>46</sup>. Kaptanın dava açma yetkisi konu bakımından ayrıca sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle kaptan, gemi bağlama limanı dışında iken her türlü davayı değil, sadece “görevine giren hususlar” ile ilgili davaları donatan adına açabilir. Bu noktada kaptanın ne tür

<sup>42</sup> Aynı yönde bkz. Akyol (n 16) 128; Aksi yönde bkz. Okay (n 3) 353, dn. 131; Doğuş Taylan Türkel, *Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi* (Güncel Yayınevi 2008) 104, dn. 160.

<sup>43</sup> “Yönetici, donatan veya işleten ile yaptığı gemi yönetimi sözleşmesi uyarınca ücret karşılığında geminin ticari, teknik veya diğer alanlardaki yönetimini kısmen veya tamamen üstlenen ve sözleşme ile üstlendiği iş ve işlemleri donatan veya işleten adına yapan kişidir.” Bkz. Yazıcıoğlu (n 3) 183; Gemi yöneticisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Zehra Şeker Ögüz, *Gemi Yönetimi* (Filiz Kitabevi 2013).

<sup>44</sup> TTK m. 1112/4 hükmü uyarınca kaptan, yük ilgililerinin zamanında bizzat yapabilecek durumda olmamaları koşuluyla, eşyanın ziyandan ve hasara uğramasından doğan istem haklarını, mahkemelerde veya mahkeme dışında kendi adına kullanmaya yetkilidir. Hükümden anlaşıldığı üzere, kaptan bazı hallerde yük ilgilileri adına dava açma yetkisine sahiptir. Kanun koyucu tarafından kaptana tanınan bu yetki, usûl hukukunda “dava takip yetkisi” müessesine karşılık gelmektedir. Kaptan tarafından açılan bu tür davalarda davanın tarafı yük ilgilisi değil, kaptandır (bkz. Atamer (n 9) 476; Dişel (n 16) 316, 317).

<sup>45</sup> TTK m. 946 hükmü uyarınca, bir geminin bağlama limanı o gemiye ait seferlerin yönetildiği yerdir.

<sup>46</sup> Yabancı unsurlu uyumsuzluklarda gemi kaptanının Türk mahkemelerinde donatanı temsilen dava açması halinde, kaptanın donatanı temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı TTK m. 1104/2 hükmü uyarınca belirlenmelidir. Zira “*usûl lex foriye tâbidir*” (bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023) 427).

uyuşmazlıklarda donatan adına dava açma yetkisinin bulunduğunu belirleyebilmek için kaptanın görevine giren hususlar öncelikle tespit edilmelidir. Ancak öncesinde özellikle ifade edilmelidir ki, kaptanın söz konusu sınırlamalara uymayarak kiracıyı veya bağlama limanında donatanı yahut görevine girmeyen bir husus ile ilgili olarak donatanı temsilen dava açması halinde, dava, kaptanın davaya vekâlet ehliyetinin bulunmaması, başka bir ifade ile dava şartı (HMK m. 114/1-f) noksanlığı nedeniyle usûlden reddedilmelidir<sup>47</sup>.

Kaptan, donatanın talimatları doğrultusunda gemiyi tahsis edildiği amaca uygun bir şekilde idare etmelidir. Bunu yaparken birtakım görevleri yerine getirmekle yükümlüdür<sup>48</sup>. Bu görevlerden başlıcaları, geminin denize, yola ve yüke elverişli olmasına dikkat etme (TTK m. 1090, TTK m. 1091/1); gemiye, gemi adamlarına ve yüke ait belgeleri gemide bulundurma (TTK m. 1090); yükleme, istif ve boşaltma ile ilgili işlemlere nezaret etme (TTK m. 1091/1); yerli ve yabancı mevzuata uyma ve harp kaçağı niteliğini haiz eşyayı yüklememe (TTK m. 1092); gemiyi sevk ve idare etme; seyir güvenliğini sağlama; yük ilgililerinin menfaatini korumadır (TTK m. 1112/1). O halde kaptan, gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada, söz konusu görevlere ilişkin uyuşmazlıklar için donatan adına dava açabilir.

TTK m. 1104/2 hükmünde yer verilen “görevlerine giren hususlar” ibaresi kaptanın donatanı temsilen yapabileceği işlemleri de kapsamaktadır. Ancak söz konusu ibare kanunda öngörülen temsil yetkisinden çok daha geniş bir anlam ifade etmektedir<sup>49</sup>. Dolayısıyla kaptan, gerek kanun koyucu tarafından donatan adına yapmaya yetkili kılındığı gerekse bizzat donatanın kendisini yetkili kıldığı işlemlerden doğan uyuşmazlıklar için donatan adına dava açabilir. Kanun koyucu, kaptanın temsil yetkisi içine giren bazı işlem ve tasarrufları TTK m. 1104/1 ile hüküm altına almıştır. Buna göre, “*gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptan, bu sıfatla, geminin donatılmasına, yakıt ve kumanyasına, gemi adamlarına, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde tutulmasına ve genel olarak yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesine ilişkin her türlü işlem ve tasarrufları üçüncü kişilerle donatan adına yapmaya yetkilidir*”. Bu çerçevede kaptan, donatan adına yaptığı gemi onarım sözleşmesi<sup>50</sup>, kurtarma sözleşmesi<sup>51</sup>, taşıma sözleşmesi (TTK m. 1104/2)<sup>52</sup> ile donatan

<sup>47</sup> HMK m. 115/2 hükmünde, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için hâkim tarafından kesin süre verilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Kanaatimizce kaptanın davaya vekâlet ehliyetine ilişkin noksanlık giderilebilir değildir. Dolayısıyla HMK m. 115/2 hükmü burada uygulama alanı bulmamalıdır.

<sup>48</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Okay (n 3) 333 vd.; Akyol (n 16) 30, 118.

<sup>49</sup> Wüstendörfer (n 37) 202; Abraham ve Schaps (n 37) 217; Prüssmann ve Rabe (n 37) 277.

<sup>50</sup> Örneğin kaptan, bağlama limanı Amsterdam olan geminin İzmir’de bulunan bir tersanede onarımı için donatan adına tersane sahibi ile sözleşme akdetmişse, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için İzmir mahkemelerinde donatan adına dava açabilmesi mümkündür.

<sup>51</sup> Çağa ve Kender (n 2) 193.

<sup>52</sup> Burada taşıma sözleşmeleri ile ifade edilmek istenen, geminin mevcut yolcuğu veya yolculuk sonunda dönüş yolcuğu için donatan adına yapılan sözleşmelerdir (bkz. Akyol (n 16) 126). Kaptan, gemide boş yer bulunması durumunda ara limanda donatan adına varma limanı için taşıma sözleşmesi yapabileceği gibi, varma limanında yükün boşaltılmasından sonra dönüş yolculuğu için donatan adına taşıma sözleşmesi de yapabilir.

tarafından akdedilen ancak icrası ve ifası kaptana bırakılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar<sup>53</sup> için donatan adına dava açabilir. Benzer şekilde kaptan, bağlama limanı ile satışın yapılacağı yerin farklı olması koşuluyla, borçlu donatana ait geminin açık artırma yoluyla satışında ihalenin feshini, pazarlık yoluyla satışta satışın iptalini donatanı temsilen isteyebilir<sup>54</sup>. Son olarak bazı hallerde kaptanın mahkemeden geminin sicilden terkinini talep edebilmesi de mümkündür<sup>55</sup>.

TTK m. 1228/2 hükmü uyarınca kaptan, gemi bağlama limanında bulunsun ya da bulunmasın, (donatan) taşıyanın ad ve hesabına konişmento düzenleyebilir<sup>56</sup>. Bu durumda kaptan, konişmento düzenlenmesi ve bununla bağlantılı işlemler için de (donatan) taşıyanı temsilen dava açabilir.

Geminin sevk ve idaresi kaptanın esas görevidir. Dolayısıyla kaptan, geminin işletilmesi ile doğrudan ilgili olarak meydana gelen zararlardan doğan sınırlı sorumluluğa tabi alacaklar bakımından donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasını mahkemeden talep edebilir. Bunun yanı sıra çevre kirliliği sebebiyle verilen idari para cezasının iptali için donatanı temsilen dava açabilir. Ayrıca kaptan, çatma neticesinde gemide meydana gelen zarar sebebiyle donatanın sahip olduğu gemi alacaklısı hakkını ileri sürerek kusurlu geminin ihtiyaten haczini talep edebilir ve devamında dava açabilir veya taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir. Kanun koyucu her ne kadar TTK m. 1104/2 hükmünde dava açma yetkisinden söz etse de kaptan, şartların varlığı halinde, geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurabileceği gibi donatan adına icra takibi de başlatabilir<sup>57</sup>. Benzer şekilde, donatan adına başlatılan icra takibine itiraz edilmesi halinde kaptan, duruma göre itirazın iptali davası açabilir veya itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir. Buna karşılık, borçlu olmamasına rağmen cebri icra tehdidi nedeniyle takip konusu alacağın donatan

<sup>53</sup> Hikmet Belbez, 'Kaptanın Temsil Salahiyeti' (1941) (1) Adliye Ceridesi 19; Örneğin taşıtan taşıma konusu eşya hakkında tam ve doğru beyanda bulunma yükümlülüğüne aykırı hareket ederek donatan taşıyanın zarara uğramasına sebep olmuşsa (TTK m. 1145/1), kaptan, donatan taşıyanı temsilen taşıtana karşı dava açabilir. Bu çerçevede hızlandırma primi ve demuraj ücretinin tahsili için de dava açabileceği kanaatindeyiz.

<sup>54</sup> Türk hukukunda ihalenin feshi, ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir (İİK m. 134). Gemi bağlama limanı dışında iken ihalenin feshini sadece donatandan beklemek oldukça kısa olan yedi günlük sürenin kaçırılmasına sebep olacaktır. Söz konusu süre içinde kaptan tarafından ihalenin feshi talep edilerek devamında yolculuğun güvenli bir şekilde sürdürülmesi sağlanabilir. Pazarlık yolu ile satışın iptalinin ihalenin feshi hükümlerine tabi olacağı yönünde bkz. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (7. Bası, On İki Levha Yayınları 2020) 218.

<sup>55</sup> Yargıtay 11. HD'nin E. 2015/5520, K. 2016/2250 sayılı ve 01.03.2016 tarihli kararına konu olayda; müflis davalı Sotrade Denizcilik A.Ş.'ne ait Türk bayraklı ve Türk Gemi Siciline kayıtlı "Düden" isimli gemi iflas idaresi tarafından işletildiği sırada Brezilya açıklarında yangın tehlikesi geçirek hasar görmüştür. Gemi, Brezilya Deniz Kuvvetlerince kurtarılmış ve limana çekilmiştir. Gemi maliki ve iflas idaresi tarafından kurtarma ve yardım giderlerinin ödenmemesi üzerine gemi, Brezilya devleti tarafından müsadere edilmiş daha sonra yapılan ihalede açık artırma yoluyla Lyra Navegacao Maritima Ltd.'ne satılmıştır. Ardından gemi tamir için getirildiği Türkiye'de ipotekli alacaklının talebiyle ihtiyaten haczedilmiştir. Bunun üzerine donatanı temsilen kaptan, geminin Türk Gemi Sicilinden terkin ve malikin Lyra Navegacao Maritima Ltd olduğunun tespiti için dava açmıştır. Yargıtay'ın bozma kararı üzerine yerel mahkeme, eTTK m. 987 (TTK m. 1104) çerçevesinde yapmış olduğu değerlendirmede kaptanın söz konusu davayı açmaya yetkili olduğu sonucuna isabetli olarak ulaşmıştır. Karar için bkz. (Lexpera).

<sup>56</sup> Yazıcıoğlu (n 3) 310; Okay (n 3) 348.

<sup>57</sup> Kaptanın ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talep edebileceği yönünde bkz. Prüssmann ve Rabe (n 37) 277; Wüstendörfer (n 37) 202. Kaptanın donatanı temsilen icra takibi başlatabileceği yönünde bkz. Ersözülü (n 16) 127; Akyol (n 16) 129, dn. 505.

tarafından ödenmesi halinde, kaptanın donatan adına istirdat davası açabilmesi mümkün değildir. Zira bu husus kaptanın görevi kapsamına girmemektedir. Benzer şekilde yangın sebebiyle gemide meydana gelen değer kaybının, geminin yangın nedeniyle çalışmadığı dönemde oluşan kâr kaybının ve yangında vefat eden gemi adamının ailesine ödenen tazminatın haksız fiil esaslarına göre (rücuen) tazmini istemiyle kaptan tarafından donatanı temsilen yangına sebep olan kişilere karşı dava açılabilmesi de mümkün değildir<sup>58</sup>.

Kaptan, gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada, donatanı temsilen bazı işlemleri yapabilmek için donatan tarafından ayrıca yetkilendirilmelidir. Kaptan yetkilendirilmişse, donatan adına kambiyo taahhüdünde bulunabileceği (TTK m. 1105/3) gibi, gemiyi korumak veya yolculuğu yapmak için zorunluluk bulunması hâlinde<sup>59</sup> ve bu ihtiyaçların karşılanabilmesi için gerekli olan miktarda ödünç para veya veresiye mal (kumanya, yakıt vs.) ve benzeri kredi işlemlerini (TTK m. 1105/1) donatan adına yapabilir<sup>60</sup>. Dolayısıyla kaptan, bu işlemler için de donatan adına dava açma yetkisine sahiptir.

Özel olarak yetkilendirilmesi halinde kaptan, donatanın gemi üzerindeki malik menfaatini sigorta ettirebilir<sup>61</sup>. Buna bağlı olarak sigorta tazminatının tahsili için donatan adına dava açabilmesi de mümkündür.

## C. Geminin Malikine veya Kiracısına İzafeten Kaptana Karşı Açılan Davada Kaptanın Temsil Yetkisi

### 1. Temsil Yetkisinin Niteliği

Kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmünün usûl hukukunda davada temsil müessesesine karşılık geldiği tespitinin ardından benzer bir değerlendirme kaptana karşı dava veya takip yöneltilmesini mümkün kılan TTK m. 1104/3 hükmü bakımından yapılmalıdır. TTK m. 1104/3 hükmü uyarınca, “*yabancı bayraklı gemilerde, geminin malikine veya kiracısına açılacak her türlü dava veya takip, onlar hakkında geçerli olmak üzere kaptana da yöneltilebilir*”. Hükümde yer verilen “malik” ibaresi donatanı da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Gerçekten de TTK m. 1061/1 hükmü uyarınca donatan, kendisine ait gemiyi suda menfaat sağlamak amacıyla kullanan gemi malikini ifade eder. Gemi malikinin kira sözleşmesinde gemi ile birlikte kaptanı da kiracının emrine vermeyi üstlendiği hallerde, malike veya kiracıya açılacak her türlü dava veya takip, onlar hakkında geçerli olmak üzere

<sup>58</sup> Yargıtay 15 HD, 3007/1759, 21.03.2016 (Lexpera).

<sup>59</sup> “Gemiyi korumak için zorunluluk bulunması”, gemi bağlama limanı dışında iken geminin denize ve yola elverişli hale getirilmesini zorunlu kılan bir durumun varlığını ifa etmektedir (bkz. Yazıcıoğlu (n 3) 309).

<sup>60</sup> TTK m. 1110/2 hükmü uyarınca kaptan kredi işlemleri için donatandan talimat almak zorundadır. Hükümde yer verilen “talimat” ifadesi, donatandan alınması gereken temsil yetkisi şeklinde anlaşılmalıdır.

<sup>61</sup> Sözer (n 3) 321.

kaptana da yöneltilmelidir. Kaptanın kiracı tarafından istihdam edildiği hallerde ise, malike açılacak dava veya takip bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira kaptanın temsil yetkisi her ne kadar kanun hükmüne dayansa da esasen bunun da temelinde donatan veya kiracı ile arasındaki iş akdi yer almaktadır.

Atamer tarafından TTK m. 1104/3 hükmü hakkında yapılan değerlendirmeye göre<sup>62</sup>, söz konusu hükmün amacı yabancı bayraklı gemilerde kaptana tebligat yapılmasını mümkün kılmaktır. Yazara göre, hüküm uyarınca donatana karşı açılan dava veya takibe ilişkin tebligat, donatana izafeten Türkiye’de bulunan kaptana yapılabilir. Böylece sadece sicillerde gözüken ve “*saman adam*” olarak nitelendirilen tüzel kişilere yapılamayan tebligatlar sebebiyle gemilerin ve gemilerde bulunan eşyaların çürümesi, liman işgalleri ve gemi adamlarının mağduriyetleri önlenabilir.

Kanaatimizce TTK m. 1104/3 hükmü geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana dava veya takip açılabilmesini mümkün kılmakla beraber donatana izafeten kaptana tebligat<sup>63</sup> yapılabilmesine de imkân vermektedir. Nitekim TTK m. 1104/3, malik veya kiracı hakkında geçerli olmak üzere kaptana karşı dava veya takip yöneltilbilmesini açıkça hüküm altına almaktadır<sup>64</sup>. Dolayısıyla hükmün uygulama alanının sadece kaptana yapılacak tebligat ile sınırlandırılmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, kaptanın dava açma yetkisinin niteliği hakkında yapmış olduğumuz değerlendirmeler TTK m. 1104/3 hükmü bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede TTK m. 1104/3 hükmü donatanın, makilin veya kiracının kaptan tarafından davada temsilini<sup>65</sup>, başka bir ifade ile kaptanın davaya vekâlet ehliyetini öngörmektedir. Nitekim bu husus İstanbul BAM 13. H.D. tarafından, “*6102 Sayılı TTK.nın 1104/3 Maddesinde; (3) Yabancı bayraklı gemilerde, geminin malikine veya kiracısına açılacak her türlü dava veya takip, onlar hakkında geçerli olmak üzere kaptana da yöneltilbilir, hükümünün düzenlendiği, yani, yabancı uyruklu gemilerde adresi yurtdışında ise donatana izafeten gemi kaptanı veya donatana izafeten gemi acentesine takip yöneltilbilir. Ancak buradaki kaptan veya acente takip borçlusu değildir, sadece donatanın temsilcisi sıfatları vardır.*”

<sup>62</sup> Atamer (n 9) 466.

<sup>63</sup> “..., Türk Ticaret Kanununun 1104. maddesi uyarınca gemi kaptanına tebligat yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gibi icra memuru eliyle tebligat yapılmasına engel bir yasa hükmünün de olmadığı anlaşılmalı davacı vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir.” Karar için bkz. İstanbul BAM 22 HD, 3607/3040, 31.10.2022 (Lexpera).

<sup>64</sup> Kaptanın dava veya takipte gemi malikini, donatanı veya kiracıyı kanuni temsilci sıfatıyla temsil edebileceği yönünde bkz. Türkel (n 42) 104, dn. 162; Dişel (n 16) 319; Akyol (n 16) 129. Kaptanın “kanuni temsilci” olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığına ilişkin açıklamalarımız için bkz. “iii. Değerlendirmelerimiz”.

<sup>65</sup> eTTK m. 1242/2(2) ve kaynak mülga hüküm HGB § 760/2 uyarınca, gemi alacaklıları tarafından alacağın elde edilmesi amacıyla donatana veya gemi bağlama limanında bulunsa dahi, kaptana karşı dava veya takip yöneltilmesi mümkündür. Ayrıca kaptan aleyhine verilen hüküm veya kesinleşen takip donatan bakımından da geçerlidir. Alman öğretisine göre söz konusu düzenleme ile kaptanın davada donatanı temsil yetkisi değil, dava takip yetkisi hüküm altına alınmakta ve davada tarafın kaptan olduğu ileri sürülmektedir (bkz. Prüssmann ve Rabe (n 37) 1093). TTK m. 1104/3 hükmü, eTTK m. 1242/2(2) ve kaynak mülga hüküm HGB § 760/2’den farklı bir düzenleme öngörmektedir. Dolayısıyla Alman öğretisinde ileri sürülen görüşün TTK m. 1104/3 hükmü bakımından kabulü mümkün değildir. Buna bağlı olarak, TTK m. 1104/3 hükmü uyarınca izafeten kaptana yöneltililecek davalarda kaptanın dava takip yetkisinden değil, davada temsil yetkisinden söz etmek yerinde olacaktır.



*Dava konusu icra dosyasında, borçlu ... 'e yabancı uyruklu geminin donatanı .... 'yu temsilen icra takibinin yapılmadığı oysaki eldeki davanın borçlu .... 'yu temsilen ... 'e yönelik açıldığı anlaşılmalı; ilk derece mahkemesince sunulan deliller; icra dosyasındaki tespitler ışığında kurulan hüküm gerekçesinde davacı vekilinin istinaf nedenleri de karşılanmış olmakla; yasa ve usule aykırılık bulunmadığı gibi kamu düzenine aykırılık da görülmediğinden, davacı vekilinin istinaf sebepleri yerinde görülmemiştir.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>66</sup>.*

Son olarak özellikle ifade edilmelidir ki, TTK m. 1104/3 hükmü ile kaptan, davada donatanı temsil etmekle zorunlu kılınmış değildir. Davacı, dava veya takibi doğrudan donatana, malike veya kiracıya yöneltebileceği gibi, bu kişilere izafeten kaptana da yöneltebilir. Davanın bu kişilere izafeten kaptana yöneltildiği hallerde, donatanın, malikin veya kiracının davayı kaptan aracılığı ile takip etmesi hususunda kanunen getirilmiş bir zorunluluk söz konusu değildir. Dolayısıyla söz konusu kişiler davayı kaptan aracılığıyla yahut kaptanın temsil yetkisine son vererek bizzat kendisi veya avukat vasıtasıyla takip edebilir. Davanın kaptan aracılığıyla takip edilmesi halinde, davanın tarafı kaptan değil; donatan, malik veya kiracıdır. Dolayısıyla yargılama sonunda donatan, malik veya kiracı hakkında hüküm verilmeli ve hükmün hukuki sonuçları bu kişiler üzerinde doğmalıdır.

## 2. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları

Geminin donatanına, malikine veya kiracısına izafeten kaptana yöneltilecek davada kaptanın temsil yetkisinin kapsamı, kaptanın dava açma yetkisi bahsinde ele alındığı için tekrardan kaçınmak adına burada sadece ilgili açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>67</sup>.

TTK m. 1104/3 hükmünde öngörülen kaptanın davada temsil yetkisi (davaya vekâlet ehliyeti), tıpkı dava açma yetkisinde olduğu gibi, kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Söz konusu hüküm incelendiğinde “kişi”, “yer” ve “geminin milliyeti” bakımından sınırlama yapıldığı görülmektedir. Kişi bakımından yapılan sınırlama sebebiyle donatan, malik ve kiracı dışında bir kişiye izafeten kaptana dava açılması mümkün değildir. Yer bakımından sınırlamada ise, geminin bağlama limanı esas alınmalıdır. Buna göre, donatana, malike veya kiracıya izafeten kaptana dava açılabilmesi için geminin bağlama limanı<sup>68</sup> dışında bulunması şarttır. Kaptanın dava açma yetkisine ilişkin yapılan sınırlamadan farklı olarak TTK m. 1104/3 hükmünde geminin milliyeti de dikkate alınmıştır. Buna göre geminin donatanına, malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı Türkiye’de dava veya takip açılmak isteniyorsa, bu

<sup>66</sup> Karar için bkz. İstanbul BAM 13 HD, 1639/606, 11.06.2020 (Lexpera).

<sup>67</sup> Bkz. “2. Kaptanın Dava Açma Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları”

<sup>68</sup> Yabancı bayraklı bir geminin bağlama limanı TTK m. 946 hükmü uyarınca belirlenir.

sadece yabancı bayraklı gemiler bakımından mümkündür<sup>69</sup>. Söz konusu sınırlamalara riayet edilmemesi halinde, örneğin yöneticiye izafeten kaptana dava açılması, gemi bağlama limanında iken dava açılması veya Türk bayraklı geminin kiracısına izafeten kaptana dava açılması halinde, dava, dava şartı (davaya vekâlet ehliyeti) noksanlığı nedeniyle usûlden reddedilmelidir. Geminin donatanına, malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı dava açmak yerine sadece kaptana veya kaptan ile birlikte bu kişilere karşı dava açılması halinde dava, kaptan bakımından sıfat yokluğu sebebiyle reddedilmelidir.

TTK m. 1104/3 hükmünde her türlü dava veya takibin kaptana yöneltilebileceği öngörülmektedir. Düzenlemeden anlaşıldığı üzere, kaptanın dava açma yetkisini düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmünün aksine, TTK m. 1104/3 hükmü uyarınca kaptana yöneltilebilecek dava veya takip bakımından herhangi bir konu sınırlaması bulunmamaktadır. Buna göre;

- Başlangıçtaki elverişsizlik veya taşıyanın yüke özen borcuna aykırı davranması sebebiyle taşıma konusu emtianın zıyaa veya hasara uğraması ya da gecikme zararı ortaya çıkması halinde, taşıyan sıfatını haiz donatana veya kiracıya izafeten kaptana dava açılabilir.
- Taşıma konusu emtianın zayi olması veya hasara uğraması halinde sigortalısına ödeme yapan sigortacı, donatan taşıyana izafeten kaptana rücu davası açabilir.
- Gemi alacağının borçlusunu donatan ise, alacaklı, gemi alacaklısı hakkına dayanarak donatana izafeten kaptana yönelik taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir<sup>70</sup>. Gemi alacağının borçlusunu kiracı ise, kaptanın temsil yetkisi, onu istihdam eden kişiye göre değerlendirilmelidir. Bu çerçevede kiracıya karşı doğmuş gemi alacağı sebebiyle gemi alacaklısı hakkına dayanarak taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması isteniyorsa, takip, malik ve kiracıya karşı birlikte yapılmalıdır (zorunlu takip arkadaşlığı)<sup>71</sup>. Bu bağlamda kaptanın malik tarafından kiracının emrine verildiği hallerde, alacaklı, malik ve kiracıya (zorunlu takip arkadaşlığı)

<sup>69</sup> TTK m. 1104/3 hükmünün uygulama alanına TTK m. 941/1 hükmü uyarınca yabancı bayrak çeken Türk gemileri de girmektedir.

<sup>70</sup> Yargıtay, donatana izafeten kaptana yönelik taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmasını ve bu takibe ilişkin tebligatın donatana izafeten kaptana yapılmasını hukuka uygun bulmuştur. Karar için bkz. Yargıtay 8 HD, 16943/5218, 25.03.2014 (Lexpera).

<sup>71</sup> Türkel (n 42) 112; "...taşınır rehininin paraya çevrilmesi için ilamsız icra takiplerinde asıl borçlu ve rehinli taşınır maliki bakımından zorunlu takip arkadaşlığı söz konusu olduğundan..." Karar için bkz. Yargıtay 11 HD, 5257/3487, 14.07.2020 (Lexpera)

izafeten kaptana yönelik takip yapabilir<sup>72</sup>. Buna karşılık, kaptan kiracı tarafından istihdam ediliyorsa, kaptanın temsil yetkisi sadece kiracı bakımından söz konusu olur.

- Hükümde her ne kadar “dava veya takipten” söz edilse de bir geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati haczin de donatana izafeten kaptana yöneltmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Deniz alacağına dayanılarak geminin ihtiyaten haczinin ardından, tamamlayıcı işlemin (dava veya takip) de borçlu donatana izafeten kaptana yöneltmesi mümkündür.
- İpotekli alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibini malike izafeten kaptana yöneltebilir.
- Çatma nedeniyle gemiye, gemide bulunan insanlara veya eşyaya gelen zarar nedeniyle kusurlu geminin donatanına izafeten kaptana dava açılabilir.

#### **D. Kaptanın Hukuki İşlemlerdeki Yetkisizliğinin Usûl Hukuku Bakımından Sonuçları**

Kaptan, donatanı temsile yetkili olmadığı bir konuda onun adına hukuki işlem yapmış veya temsil yetkisinin sınırlarını aşmış ya da işlem sırasında donatanı temsil yetkisi sona ermiş olabilir. Bu durum, şüphesiz kaptanın mahkemede temsil yetkisini etkilemektedir.

Kaptanın, donatanı temsile yetkili olmadığı bir konuda onun adına işlem yapması halinde, yetkisiz temsil söz konusudur. Yetkisiz temsili düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>73</sup> (TBK) m. 46 hükmünden hareketle kaptan, temsil yetkisine sahip olmadığı halde temsilci olarak donatan adına bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onandığı takdirde donatanı bağlar. O halde bu tür işlemlerden doğan uyuşmazlıklar bakımından kaptanın donatan adına dava açma yetkisi (TTK m. 1104/2), yetkisiz yapılan hukuki işlemin donatan tarafından onanmasına bağlıdır. İşlemin donatan tarafından onanmaması halinde, donatan işlemle bağlı olmayacağından kaptanın dava açma yetkisi bulunmamaktadır. Yetkisiz temsilin söz konusu olduğu bir diğer hâl, kaptanın temsil yetkisinin sınırlarını aşarak donatan adına hukuki işlem yapmasıdır. Temsil yetkisinin sınırlarının aşıldığı işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda kaptanın donatan adına dava açma yetkisi TTK m. 1106 hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre, “*kaptanın kanundan doğan temsil yetkisini*

<sup>72</sup> “O halde, mahkemece, kanuni rehin hakkı olduğu iddiasıyla başlatılan rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, asıl borçlunun, TTK’nun 1320. maddesinde belirtilen sıfatlardan hangisini haiz olduğuna dair ibarenin yer almaması, dolayısıyla kanuni rehin hakkının asıl borçlusu olup olmadığına saptanamaması yanında, “... (IMO:80301478)” nin maliki ya da ona izafe edilerek kişi ya da kişilere karşı takip başlatılmayarak, zorunlu takip arkadaşlığı ilkesine aykırı hareket edilmesi sebebiyle re’sen takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.” Karar için bkz. Yargıtay 12 HD, 19488/24400, 28.11.2016 (Kazancı).

<sup>73</sup> RG: 04.02.2011 T., S: 27836.

*sınırlandırmış olan donatan, bu sınırlandırmalara kaptanın uymadığını, sadece bunları bilen kişilere karşı ileri sürebilir*". Bu esastan hareketle kaptan, donatan adına üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemlerde temsil yetkisinin sınırlarını aşması halinde, üçüncü kişinin söz konusu sınırlamayı bilip bilmemesi kaptanın donatan adına dava açma yetkisinin tespitinde önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda üçüncü kişi yetki sınırlamasını bilmiyorsa, donatan işlemle bağlı olur ve kaptan bu işlemde doğan uyuşmazlıklarda donatan adına dava açabilir. Buna karşılık üçüncü kişi yetki sınırlamasını biliyorsa, donatan işlemle bağlı olmayacağından kaptanın bu işlem için donatan adına dava açma yetkisinden söz edilemez. Kaptanın temsil yetkisinin sınırlarının üçüncü kişi tarafından bilinip bilinmemesi ancak yargılamanın tahkikat aşamasında, başka bir ifade ile uyuşmazlığın esası hakkında yapılacak inceleme neticesinde tespit edilebilir. Dolayısıyla bu aşamada kaptanın donatan adına dava açma yetkisinin bulunmadığının tespiti halinde dava, kaptanın davaya vekâlet ehliyeti noksanlığından ötürü hâkim tarafından usûlden reddedilmelidir.

Yetkisiz kaptan tarafından yapılan işlemlerden doğan ve aynı zamanda yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda, koşulların varlığı halinde, kaptanın donatan adına dava açması düzenleyen TTK m. 1104/2 hükmünün ya da donatana, malike veya kiracıya izafeten kaptana dava açılmasını mümkün kılan TTK m. 1104/3 hükmünün, esasa uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, doğrudan uygulama alanı bulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira söz konusu düzenlemeler esasen usûl hukukuna ilişkindir ve Türkiye’de görülen bu tür uyuşmazlıklarda usûle ilişkin meselelere Türk hukuku (lex fori) uygulanmalıdır.

Kaptanın iş sözleşmesinin sona ermesi aynı zamanda kaptanın donatanı mahkemede temsil yetkisinin sona ermesi anlamına gelir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin sona erdiği hallerde<sup>74</sup>, kaptanın donatan adına dava açma yetkisi bulunmadığı gibi, donatana, malike veya kiracıya izafeten kaptana dava açılabilmesi de mümkün değildir.

İş sözleşmesinin feshi bakımından özellikle ifade edilmelidir ki, kaptanla akdedilen sözleşmenin feshini bildiren donatan, kaptanın, feshi bildirim süresi içinde, yetkilerini kullanmasını yasaklayabilir (TTK m. 1107). Dolayısıyla kaptanın, fesih bildirim süresi içerisinde, donatan adına bazı işlem ve tasarruflarda bulunmasına yasak getirilmesi, bu işlem ve tasarruflardan doğan uyuşmazlıklarda kaptanın donatanı mahkemede temsil yetkisinin sona ermesi sonucunu doğurur. Benzer sonuç, kaptanın, donatan adına işlem ve tasarrufta bulunma yetkisinin devam ettiği ancak fesih bildirim süresi içinde donatanı mahkemede temsil yetkisinin yasaklandığı durumda da ortaya çıkar. Netice itibarıyla bu gibi hallerde, fesih bildirim süresi içinde kaptanın davaya vekâlet

<sup>74</sup> Kaptan ile donatan arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi, tarafların bu konuda anlaşması, gerçek kişi donatanın veya kaptanın ölümü, belirli sürenin sona ermesi veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshi gibi hallerde söz konusu olur. Bununla birlikte 854 sayılı Deniz İş Kanunu (RG: 20.4.1967 T., S: 12586) m. 14/IV hükmü uyarınca, “*geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk Bayrağından ayrılması*” hallerinde de iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer.

ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan yargılama devam ederken iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, donatan yargılamayı bizzat takip etmek istemiyorsa, hâkim, vekil görevlendirmesi için donatana uygun süre vermelidir.

#### IV. Olması Gereken Düzenleme ve Çözüm Önerileri

TTK’nda kaptanın temsil yetkisi oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun sebebi, kaynak kanun olan Alman Ticaret Kanunu’nun hazırlandığı dönemde (18. yüzyılda) iletişim imkânlarının neredeyse imkânsız olması ve büyük taşıma şirketleri ile bu şirketlerin yurt dışı temsilciliklerinin bulunmamasıdır<sup>75</sup>. Bu durum, özellikle gemi bağlama limanı dışında iken, aleyhine dava açılmak istenen donatanın çoğu zaman tespit edilememesine veya dava açmak isteyen donatan ile kaptan arasında gerekli iletişimin kurulamamasına sebep olmuştur. Alman kanun koyucu bu sorunu, donatanın gemi seferde iken yegâne temsilcisi olan kaptanın, donatanı davada temsilini mümkün kılan gerekli yasal düzenlemelere (HGB § 527, HGB § 760) Alman Ticaret Kanunu’nda yer vererek aşmıştır.

Günümüzde teknolojinin gelişmesine bağlı olarak iletişim imkânlarının gelişmesi gerçek veya tüzel kişi donatana ait bilgilere erişimi oldukça kolaylaştırmaktadır. Bunun yanı sıra taşımacılık şirketleri yurt dışı temsilciliklerini her geçen gün daha da artırmaktadır. Dolayısıyla aleyhine dava açılmak istenen donatan kolayca tespit edilebilmekte ve dava doğrudan donatana veya yurt dışında bulunan temsilcisine yöneltilebilmektedir. Bu duruma bağlı olarak kaptanın donatanı davada temsil yetkine ilişkin düzenlemeler 25.04.2013 tarihinde Alman Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklik ile kanundan çıkarılmıştır<sup>76</sup>. Benzer gerekçelerle, kaptanın donatan adına dava açabilmesini mümkün kılan TTK m. 1104/2 hükmü ile geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana dava açılabilmesine izin veren TTK m. 1104/3 hükmünün TTK’ndan çıkarılması gerektiği savunulabilir. Bu noktada kaptan ile taşımacılık şirketlerinin Türkiye temsilcisi olarak faaliyet gösteren gemi acenteleri<sup>77</sup> arasındaki ilişki üzerinde özel olarak durulmalıdır. Bu çerçevede acente özellikle, konteyner taşımalarında (donatan) taşıyan adına navlun sözleşmesi kurulması ve bu sözleşme gereği konişmento düzenlenmesi, kıyı tesisi ile taşıyan adına ardiye sözleşmesi kurması, parsiyel taşımalarda (LCL) eşyanın yükleme limanında konteyner yüklenmesi ve istif, boşaltma limanında eşyanın konteynerden boşaltılması için bağımsız yüklenici ile taşıyan adına sözleşme akdedilmesi, gümrük mevzuatı

<sup>75</sup> Wüstendörfer (n 37) 200.

<sup>76</sup> HGB § 760 hükmü kanundan tamamen çıkarılmıştır. HGB § 527 hükmü ise, 25.04.2013 tarihinden itibaren yerini “Reisefrachtvertrag” kenar başlıklı hükme bırakmıştır.

<sup>77</sup> Gemi Acenteleri Yönetmeliği (RG: 05.03.2012 T., S: 28224) m. 4/1-e hükmü uyarınca gemi acentesi, “Yaptıkları anlaşmalarla gemi sahibi gerçek veya tüzel kişiler ile kaptan, işleten veya gemi kiralayanın nam ve hesabına hareket eden ve üçüncü kişi ve kuruluşlara karşı bunların haklarını koruyan, bu çerçevede yaptıkları iş ve işlemlerde kendi kusurları dışında sorumlu tutulamayan, anlaşmadaki kişi veya kuruluşu” ifade eder.

uyarınca yerine getirilmesi gereken bazı işlemlerin taşıyan adına yapılması, liman için hizmetlerin organize edilmesi, eşyanın gemiye yüklenmesi ve boşaltılma işlemlerinin organize edilmesi, gemi limana girmeden önce ilgili birimlere bilgi verilmesi, rıhtım ve barınma ücretlerinin ödenmesi, geminin limana yanaşma ve limandan ayrılma süreçlerinde kılavuz ve römorkör talebinde bulunulması, taşıma konusu emtianın boşaltılmaya hazır olduğuna dair gönderilene bildirimde bulunulması, liman hizmetlerine ilişkin ücretlerin yatırılması, olaylar çizelgesinin tutulması, yakıt, kumanya, malzeme hizmetlerinin sağlanması, geminin limandan çıkışı için gerekli işlemlerin yapılması, yük hasarına ilişkin ihbarların taşıyan adına kabul edilmesi gibi hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir<sup>78</sup>. Bu işlemler bakımından acente, taşıyan adına dava açabileceği gibi taşıyana izafeten acenteye de dava açılabilir (TTK m. 105/2).

Kaptan ile acentenin yetkilerinin kapsamı dikkate alındığında, her ne kadar bazı noktalarda bu yetkiler kişiye de esasen büyük oranda farklılık göstermektedir. Buna bağlı olarak kaptanın donatanı mahkemede temsil edebileceği uyuşmazlıklar, acentenin donatanı mahkemede temsil edebileceği uyuşmazlıklara kıyasla daha kapsamlıdır. Gerçekten de kaptan sadece görevine giren hususlar hakkında donatanı temsilen dava açabilirken (TTK m. 1104/2), her türlü dava geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı açılabilir (TTK m. 1104/3). Acente ise, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak müvekkilini davacı veya davalı tarafta temsil edebilir (TTK m. 105). Bu tespitler ışığında, halihazırda TTK’nda acentenin donatanı mahkemede temsil yetkisine ilişkin bir düzenlemenin (TTK m. 105) mevcut olduğu, acentenin temsil yetkisinin kapsamı ile kaptanın temsil yetkisinin kapsamının örtüştüğü, dolayısıyla TTK m. 1104/2 ve TTK m. 1104/3 hükümlerinin tamamen işlevsiz hâle geldiği ve söz konusu düzenlemelerin TTK’ndan çıkarılması gerektiği yönündeki görüşün yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Son olarak kanaatimizce, TTK m. 1104/2 ve TTK m. 1104/3 hükümleri TTK’nda muhafaza edilmeli ancak usul hukukunda hangi müesseseye karşılık geldiğinin kolayca tespit edilebilmesi için birtakım değişiklikler yapılmalıdır. Bu noktada söz konusu hükümler ile kaptanın dava takip yetkisinin mi yoksa donatanı davada temsil yetkisinin mi hüküm altına alınmak istendiği açıkça ortaya koyulmalıdır. Şayet dava takip yetkisi düzenlenmek isteniyorsa, tıpkı eTTK m. 1242/2(2) hükmünde olduğu gibi, TTK m. 1104 hükmünde “*Kaptan aleyhine verilen hüküm veya kesinleşen takip donatana saridir*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesi yeterlidir. Buna karşılık davada temsil yetkisi düzenlenmek isteniyorsa, üst kenar başlığında ifade edildiği gibi, TTK m. 1104 hükmünde “*temsil*” ibaresine açıkça yer verilmelidir.

<sup>78</sup> Cüneyt Süzal, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (On İki Levha Yayınları 2021) 144,145.

## Sonuç

Kaptanın temsil yetkisinin usûl hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde esas itibarıyla ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

TTK m. 1104/2 hükmü ile gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptana görevine giren hususlarda donatan adına dava açma yetkisi verilmiştir. Kanaatimizce söz konusu düzenleme kaptanın dava takip yetkisini veya kanuni temsili değil, iradi temsilde davanın avukatla takip edileceği kuralının bir istisnasını (AvK m. 35/4) oluşturmaktadır. Dolayısıyla kaptan bu tür davaları kanun hükmüne dayanan davaya vekâlet ehliyeti vasıtasıyla donatan adına açabilmektedir.

Kaptanın TTK m. 1104/2 hükmüne dayanarak donatan adına açtığı davalarda davanın tarafı kaptan değil, donatandır. Buna bağlı olarak, yargılama neticesinde verilen hükmün hukuki sonuçları donatan hakkında doğar.

Kaptanın davaya vekâlet ehliyeti kanun koyucu tarafından “kişi”, “yer” ve “konu” bakımından sınırlandırılmıştır. Kişi bakımından yapılan sınırlama gereği kaptan, yalnızca donatan adına açılmak istenen davalar bakımından bu yetkisini kullanabilir. Yer bakımından yapılan sınırlama ise, kaptanın dava açma yetkisini yalnızca gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kullanmasına izin vermektedir. Kaptanın yalnızca görevine giren hususlarda dava açabilmesi donatan adına dava açma yetkisinin konu bakımından sınırlandırıldığını göstermektedir.

TTK m. 1104/3 hükmü ile yabancı bayraklı gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada, geminin malikine veya kiracısına açılacak her türlü davanın veya takibin kaptana yöneltilebilmesini mümkün kılmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hüküm, tıpkı kaptana donatan adına dava açma yetkisi veren hüküm (TTK m. 1104/2) gibi, iradi temsilde davanın avukatla takip edileceği kuralının bir istisnasını (AvK m. 35/4) düzenlemekte ve kaptanın davaya vekâlet ehliyetinin kanuni dayanağını oluşturmaktadır.

Geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı açılan davalarda davanın tarafı kaptan değil, malik veya kiracıdır. Dolayısıyla, yargılama neticesinde verilen hükmün hukuki sonuçları donatan hakkında doğar.

Geminin malikine veya kiracısına izafeten kaptana karşı açılacak davalar bakımından kaptanın davaya vekâlet ehliyeti, “kişi”, “yer” ve “geminin milliyeti” bakımından sınırlandırılmıştır. Buna göre, “yabancı bayraklı gemi” “bağlama limanı dışında” bulunduğu sırada geminin “malikine (donatanına) veya kiracısına” izafeten kaptana dava açılabilir.

Gerek kaptan tarafından donatan adına açılan gerekse izafeten kaptana açılan davalarda “kişi”, “yer” ve “konu” / “geminin milliyeti” bakımından kanunda

öngörülen sınırlamalara uyulmaması halinde, dava, kaptanın davaya vekâlet ehliyetinin bulunmaması, başka bir ifade ile dava şartı (HMK m. 114/1-f) noksanlığı nedeniyle usûlden reddedilmelidir.

TTK m. 1104/2 ve TTK m. 1104/3 hükümlerine karşılık gelen mehz Alman Ticaret Kanunu § 527 ve § 760 hükümleri, günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığı gerekçesi ile, 25.04.2013 tarihinde yapılan değişiklikle kanundan çıkarılmıştır. Günümüzde büyük taşımacılık şirketlerinin yurt dışında temsilcilik bulundurduğu, iletişim imkânlarının geliştiği ve kaptana kanunda tanınan yetkilerin birçoğunun acente ve gemi yöneticisi tarafından kullanıldığı hususları göz önüne alındığında, kaptana donatanı davada temsil yetkisi veren TTK m. 1104/2 ve TTK m. 1104/3 hükümlerinin TTK'ndan çıkarılması gerektiği düşünülebilir. Ancak bunun yerinde olmayacağı görüşünderiz. Nitekim kaptanın yetkileri acenteye kıyasla daha geniştir. Başka bir ifade ile acentenin temsil yetkisinin kapsamı ile kaptanın temsil yetkisinin kapsamı tamamen örtüşmemektedir. Bu durum ise, acentenin donatanı temsilen dava açma yetkisinin bulunmadığı bazı uyuşmazlıklar bakımından kaptanın dava açma yetkisine sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu sebeple, bazı değişiklikler yapılması şartıyla, söz konusu hükümlerin kanundaki yerinin muhafaza edilmesi gerektiği görüşünderiz.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Abraham HJ ve Schaps G, *Das deutsche Seerecht Kommentar und Materialsammlung* (Zweiter Band, Walter de Gruyter & Co. 1962)
- Akyol CS, *Kaptanın Hukuki Sorumluluğu* (Filiz Kitabevi 2022)
- Alangoya Y, Yıldırım K ve Yıldırım ND, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (5. Baskı, Alkım Yayınevi 2009)
- Alangoya Y, 'Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler' (1969) 5 *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 125-194.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin Yayınları 2018)
- Atamer K, 'Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu-2. Bölüm' (2013) C. 8 *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı* (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 405-485.
- Belbez H, 'Kaptanın Temsil Salahiyeti' (1941) (1) *Adliye Ceridesi* 13-26.
- Börü L, 'Sıfat ve Dava Takip Yetkisi' (2011) 27(3) *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi* 249-278.



- Börü L, *Medenî Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006).
- Çağa T ve Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku I (Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan)* (15. Baskı, On İki Levha Yayınları 2009)
- Dişel B, *Dava Takip Yetkisi İstanbul* (On İki Levha Yayınları 2020)
- Ersözülü CM, *Kaptanın Özel Hukuktan Kaynaklanan Görev ve Yetkileri İle Hukuki Sorumluluğu* (Beta Yayınları 2000)
- Kale S, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti* (On İki Levha Yayınları 2010)
- Kavasoglu A, *Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2007)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* C. I (6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık 2001)
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) C. 1* (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021)
- Okay S, *Deniz Ticareti I: Giriş-Gemi Donatan ve Donatma İştiraki Gemi Adamları* (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1970)
- Pekcanitez H ve Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. 1* (15. Baskı, On İki Levha Yayınları 2017)
- Pekcanitez H, Atalay O, Özkan S ve Özkes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (7. Bası, On İki Levha Yayınları 2020)
- Prüssmann H ve Rabe D, *Seehandelsrecht: fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen* (4. Auflage, Verlag C. H. Beck 2000)
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku – I* (6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022)
- Süzel C, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (On İki Levha Yayınları 2021)
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023)
- Şeker Öğüz Z, *Gemi Yönetimi* (Filiz Kitabevi 2013)
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C. I* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021)
- Taş Korkmaz H, *Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği* (Yetkin Yayınları 2014)
- Türkel DT, *Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi* (Güncel Yayınevi 2008)
- Ulukapı Ö, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi* (Mimoza Yayınları 1997)
- Umar B, 'Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet' (1963) 29 (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 591-619.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku C. I* (7. Baskı, Nesil Matbaacılık 2000)
- Wüstendörfer H, *Neuzeitliche Seehandelsrecht mit besonderer Berücksichtigung des angloamerikanischen und internationalen Rechts* (Zweite durchgesehene und verbesserte Auflage, Verlag J.C.B. Mohr 1950)
- Yazıcıoğlu E, *Deniz Ticareti Hukuku (Kender/Çetingil)* (17. Baskı, Filiz Kitabevi 2022)
- Yıldırım ND, *Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükümün Sınırları (Kesin Hükümün Üçüncü Kişilere Sirayeti Sorunu)* (Melisa Matbaacılık 1996)





## İdari Uyuşmazlıklarda Tarafların Kişilik veya Niteliklerinin Değişmesi Hallerinin Kapsam ve Sonuçlarının İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi

Cihan Yüzbaşıoğlu\*

### Öz

İdari yargıda yargılama devam ederken davanın tarafının ölüm ya da başka bir sebeple değişmesinin yargılamanın devamı ve yargılama hukuku işlemleri üzerinde önemli sonuçları bulunmaktadır. Davanın tarafının kişiliğinde veya niteliğinde meydana gelen değişiklik üzerine bazı hallerde yargılama sona ermekte, bazı hallerde ise askıya alınmaktadır. Bunun yanında, davanın tarafında değişiklik meydana gelmesine karşın mahkemenin yargılama hukuku işlemlerine devam etmesi veya yargılama hukuku işlemlerinin uzun bir süre boyunca askıda kalması davanın tarafları ya da üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde sonuçlar yaratabilmektedir. Diğer yandan, davanın tarafının kişilik veya niteliğindeki değişikliğin tespitinin idari yargılama hukuku kurallarının yanında medeni hukuk, eşya hukuku ve ticaret hukuku ile de ilişkili olması, konunun multidisipliner bir yaklaşımla incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Konunun özel hukuk ile doğrudan ilişkili olmasının yanında hem ilk derece yargılaması hem de kanun yolu aşamasında uygulamasının olması pek çok farklı ihtimale yönelik çözüm üretmesini gerekli kılmaktadır. İdari yargıda taraf değişikliğinin bu karmaşık niteliğine karşın, konunun düzenlendiği 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesi oldukça soyut ve ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır. Boşluklar içtihat yoluyla doldurulmaya çalışılmışsa da yargı kararlarının tutarlı olduğunun kabulü güçtür. Bu durum başta hak arama özgürlüğü olmak üzere, idari yargılama hukukunun tabi olduğu idari istikrar, usul ekonomisi ve silahların eşitliği ilkeleriyle bağdaşmayan, bu ilkelerin çelişmesine veya yarışmasına yol açan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Davanın Tarafının Değişmesi, Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Dilekçenin İptali, Hak Arama Özgürlüğü, Usul Ekonomisi

### Evaluating the Scope and Consequences of Substituting Party Qualities or Status in Administrative Disputes in Terms of the Principles Governing Administrative Procedural Law

### Abstract

In administrative justice, the substitution of parties due to death or any other reason while a process is still pending has important consequences on how procedural acts will continue and which rules of procedural law will be applied. Due to changes in the qualities or status of a party to a case, courts sometimes end and other times suspend proceedings. Meanwhile, a court's decision to continue or suspend for an extended time procedural acts despite a party substitution may have consequences regarding the rights or interests of the parties to the case and those of third parties. However, determining whether or not a change has occurred in parties' qualities or status is a matter related to civil, property, and commercial law, which requires examining the issue with a multidisciplinary approach. In addition to the concept being directly related to private law, its application both at first instance and at appeal proceedings requires finding solutions for many different scenarios. Despite the complex nature of the matter, Article 26 of Türkiye's Administrative Procedure

\* **Sorumlu Yazar:** Cihan Yüzbaşıoğlu (Dr Öğr Üyesi), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: [cyuzbasioglu@gsu.edu.tr](mailto:cyuzbasioglu@gsu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7740-5677

**Atf:** Yuzbasioglu C, "İdari Uyuşmazlıklarda Tarafların Kişilik veya Niteliklerinin Değişmesi Hallerinin Kapsam ve Sonuçlarının İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 233. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.008>



Act, which regulates the substitution of parties, is far from able to respond to the needs. Although attempts have been made to fill the gaps through jurisprudence, difficulty is had in accepting that judicial decisions are consistent. This situation causes results that are incompatible with the principles of administrative procedural law, such as administrative stability, procedural economy, equality of arms, and especially the right to access the court; it also leads to conflicts or struggles among these principles.

**Keywords**

Substitution of Parties, Suspension of Procedure, Annulment of Petition, Right to Access The Court, Procedural Economy

### *Extended Summary*

In administrative justice, the substitution of parties due to death or any other reason while a process is still pending has important consequences on how proceeding will continue and which rules of procedural law will be applied. Determining whether a change in a party's qualities or status has occurred is a matter related to civil law, property law, and commercial law, thus requiring the issue to be examined with a multidisciplinary approach. Therefore, the concept of the substitution of parties and its consequences have been interpreted in line with the requirements of public law and have gained an original appearance in the jurisprudence of Türkiye's Council of State (*Danıştay*). In addition to its direct relationship with private law, applying a substitution of parties both at the first instance and at appeal proceedings requires finding solutions for many different scenarios. Despite the complex nature of the matter, Article 26 of the Administrative Procedure Act, which regulates the substitution of parties in administrative justice, is quite abstract and far from able to respond to what is needed. Although attempts have been made to fill the gaps through jurisprudence, this situation has led to results that are incompatible with the principles of administrative procedural law, such as administrative stability, procedural economy, equality of arms, and especially the right to access the court; this also creates conflict or competition among these principles.

This study first focuses on the consequences of a decision to suspend proceedings. On one hand, this has positive results regarding the right to access the court and compliance with the principle of equality of arms. On the other hand, negative results arise that are incompatible with the principle of procedural economy and administrative stability. Upon suspending proceedings, the court not only suspends the case for a long period of time but also fails to reach a final decision. This legal uncertainty has consequences not only on the rights and interests of the parties to the case but also to those of third parties.

The next part of this study analyzes the validity of procedural acts when a substitution of parties occurs. Determining whether or not a change has occurred in a party's qualities or status is a matter for private law. This is why the administrative judge may sometimes not be informed of this substitution, whether practically or

legally, and continues with the proceedings. In such cases, the validity of these procedural acts comes under question. In practice, Türkiye's Council of State (*Danıştay*) has interpreted the rules of private law in line with the requirements of public law. However, judicial decisions should be noted as being inconsistent with one another, as well as to also go against the principles of administrative procedural law.

The study's second section concerns cases where the court is unable to suspend proceedings and annuls the petition. In some cases, the court decides to end proceedings pursuant to the changes in the qualities of the party to the case. Petitions that concern only a deceased person are to be annulled. Because the notion of "petitions that concern only a deceased person" is not described in the text of Article 26 of the Administrative Procedure Act, administrative courts and the Council of State decide whether to continue or end proceedings based on a case's individual circumstances. According to jurisprudence, if the process concerns the rights of the inheritors of the deceased party, the court is to decide to suspend the proceedings. Otherwise, the petition is annulled. In administrative justice, decisions taken regarding actions for the annulment of administrative acts impact not only the parties of the litigation but also the legal status of third parties. In addition, some actions in administrative justice are directly related to the public interest. The current legal framework doesn't allow for cases that have no monetary interest for the inheritors of the parties to continue, nor those that don't comply with the aims of the actions for annulment.

In conclusion, the current legislation regulating the substitution of parties due to death or any other reason for a process that is still pending is noted as being insufficient. Moreover, jurisprudential solutions are unpredictable and inconsistent. Therefore, this study has attempted to outline the solutions in comparative law and their applicability in Turkish Law, with special emphasis on French Law where the principles of administrative stability, procedural economy, and the right to access the court have been balanced effectively. These solutions are believed to be able to serve as a guide in eliminating some of the deficiencies in the Turkish legislation. In addition, the study underlines that harmonization and unification of the Council of State's jurisprudence will also provide significant benefits.

## Giriş

İdari yargıda davanın taraflarında değişiklik Türk hukukunda ilk olarak 699 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "...*esnayı muhakemede veya badelhüküm efrattan olan tarafın vefatı veyahut zat ve sıfatça tebeddülü halinde Usulü Muhakemesi Hukukiye Kanunu ahkamı tatbik olunur.*" Yine, 699 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 53. maddesinde konu, "*Muhakeme esnasında veya karardan sonra ferdlerden olan tarafın veya zat ve sıfatça değişiklik vukuu halinde usule aid kanunların umumi hükümleri tatbik olunur.*" şeklinde düzenlenmişti. Her iki düzenlemede yargılama sırasında davanın taraflarının kişilik veya niteliklerinde değişiklik olması durumuna ilişkin olarak medeni yargılama usulüne gönderme yapıldığı görülmektedir<sup>1</sup>.

Yargılama sırasında davanın taraflarının kişilik veya niteliklerinde değişiklik konusu halihazırda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ("**Kanun**") 26. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurusuna kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemesi durumunda, mevcut yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Ancak yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir. Dosyaların işlemde kaldırılmasına ve davanın açılmamış sayılmasına dair kararlar diğer tarafa tebliğ edilir<sup>2</sup>.

Düzenleme, davanın tarafı olan gerçek ya da tüzel kişinin kişiliğinin sona ermesi yahut medeni haklarını kullanma yetkisinin sınırlandırılması hallerine ilişkin farklı ihtimallere yönelik kurallar içermektedir. Bu düzenlemeler davanın tarafının değişmesinin yanında, davayı takip ehliyetinde kısıtlama meydana gelmesi durumunda da uygulanmaktadır.

Davanın taraflarındaki değişikliğin davanın aktif tarafında, yani davayı takip eden davacıda/başvurucuda yahut takip edilende, yani hasım konumunda bulunan taraf üzerinde meydana gelebilmesi mümkündür<sup>3</sup>. İlk derece mahkemesi önünde açılacak

<sup>1</sup> 3546 sayılı Kanun'un 4904 sayılı Kanun ile değiştirilmesiyle ortaya çıkan yeni düzenlemede medeni yargılama hukukuna yapılan atıf kaldırılarak idari yargıya özgülenmiş kurallar getirilmiştir. Yeni düzenlemede konu, "*Yargılama sırasında ölüm ve herhangi bir sebeple davacının kişiliğinde veya niteliğinde değişiklik olur ise davayı kovuşturma hakkı kendisine geçen kimsenin doğrudan doğruya veya tebliğ üzerine Danıştay'a başvurusuna kadar dava dosyası saklı tutulur. Şu kadar ki, münhasıran öleni ilgilendiren dava dilekçesi iptal edilir.*" şeklinde kurala bağlanmıştır.

<sup>2</sup> Davanın taraflarında değişiklik 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkrasında güncel düzenlemeye benzer şekilde yer almaktaydı: "*Dava esnasında ölüm veya başka herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurusuna kadar ve gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idare mirasçılar aleyhine takibi yenileyinceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir. Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal olunur.*"

<sup>3</sup> Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (7. Bası, Yetkin 2017) 656; Sümevra Özgen, "Türk İdari Yargılama Usulünde Tarafların Kişilik veya Niteliğinde Değişiklik" in Süleyman Üstün and Ebru Tüzemen Atik (eds), *Milli Egemenlik ve Hukuk TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan* (On İki Levha 2020) 1048.

davalarda hasım konumunda idarenin bulunması kural olduğundan, bu ikinci ihtimal daha ziyade idare tarafından yapılan başvuru üzerine kanun yolu aşamasında ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>.

2577 sayılı Kanun'un "uyumsuz" olarak nitelendirdiğimiz "Tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik" başlıklı 26. maddesi, görünüşte oldukça kısa ve basit; gerçekte ise büyük bir karmaşa, belirsizlik ve aykırılıklar taşıyan bir düzenlemedir. Kanun'un belki de en multidisipliner değerlendirme gerektiren ve anlaşılması en zor konularından biri olan bu hükmü, idari yargılama usulü içerisine medeni hukuk ile ticaret, eşya ve miras hukuku kurallarının zorunlu bir bütünlüşmesine sebep olmuştur. Bu maddenin uygulaması bakımından klasik idari yargılama hukuku ilke ve kuralları yetersiz kalmış; madde metninde -muhtemelen bilinçli olarak- bırakılan boşluklar Danıştay içtihadıyla tamamlanmıştır.

Özel hukuk kurallarının idari yargılama usulüne dahil olmasının yanında, tarafların kişilik ve niteliğinde değişiklik hallerine dair esaslar ile yargılama usulünün hem ilk derece yargılaması hem de kanun yolu aşamasında uygulanmasına karşın, konunun büyük ölçüde içtihadın seyrine bırakılması idari yargılama usulüne hâkim olan ilkelerle zaman zaman bağdaşmayan birtakım sonuçların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Aşağıda inceleneceği üzere, mevcut uygulama Kanun'un 26. maddesi hükmünün yalnızca konuyla ilintili Danıştay içtihadıyla değil; temel idari yargılama usulü ilkeleriyle de bağdaşmayan, uyumsuz bir görünüm kazanmasına yol açmıştır.

Bu uyumsuzluk, Kanun'un 26. maddesine dair usul ve esasların değerlendirilmesinin literatürde ihmal edilmesiyle daha da pekişmiştir. Kanun koyucunun ayrıntılı olarak düzenlemekten kaçındığı ya da yetersiz kaldığı bu konuda, kendi içinde de uyumsuz ve tutarsız bir içtihat gelişmiş; genel geçer kurallar çıkarsanamamıştır. Bütün bunların devamı olarak, konu gerek monografik araştırmalarda ve gerek ders kitaplarında önemli ölçüde göz ardı edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu çalışmayla ulaşılmak istenen amaç, Kanun'un 26. maddesinde düzenlenen, tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik oluşturan hallerin ya da dosyanın işlemde kaldırılması usulünün açıklanması veya içeriğinin tespit edilmesi değildir. Zira, Kanun'daki tek bir maddede, oldukça çerçeveye düzeyde düzenlenmiş olduğu ve önemli ölçüde içtihatla biçimlendiği dikkate alındığında, konunun tasvirinin kapsam bakımından bir makaleyle sınırlandırılmasının mümkün olmadığı; monografik bir çalışmayı gerektirdiği düşünülmektedir. Nitekim, her iki konu da daha önceden kapsamlı monografik çalışmalarda değerlendirme konusu

<sup>4</sup> Danıştay VDDGK, 34/29, 18.12.1987, DD (1988) (70-71) 127.

Öğretide *Topuz* ve *Özkaya* ise, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklar bakımından sözleşmeci özel hukuk kişinin de davalı konumunda bulunabileceğini vurgulayarak, ilk derece yargılaması aşamasında davalı olan özel hukuk kişinin de kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelebileceğini savunmuştur (İbrahim Topuz ve Kadir Özkaya, *Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Mahalli İdareler Derneği Yayını 2002) 551.). Aynı yöndeki görüş için bkz Kazım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* (Arısan Matbaacılık 1983) 567.

yapılmıştır<sup>5</sup>. Bu sebeplerle çalışmamızla, idari yargılama usulüne hâkim olan ilkeler ışığında, Kanun'un 26. maddesi hükmü ile bu hükme ilişkin içtihadın taşıdığı uyumsuzlukların ve bu uyumsuzlukların uygulamada yaratabileceği sorunların değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmanın başlığında da vurgulandığı üzere, yalnızca idari uyuşmazlıklardaki taraf değişikliği halleri ile bunların sonuçları incelenmiş olup, konunun farklı veya ayrışık özellikler arz ettiği vergi yargılaması kapsam dışında tutulmuştur. Yine, Kanun'un 26. maddesinde yer alan, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması ihtimali ile posta ücretinin tam olarak yatırılmaması nedeniyle dosyanın işlemden kaldırılması hallerinin tabi olduğu kurallar incelenmemiştir. Öte yandan, davanın tarafının ilk derece yargılaması ya da kanun yolu öncesinde dava açma ehliyetini kaybetmesi hali esas olarak ehliyete dair bir konu olduğundan, bu ihtimal çalışmada değerlendirilmemiştir<sup>6</sup>.

Düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere İYUK madde 26'da öngörülen usulü düzenlemeler, davacının kişiliğinin değişmesi veya niteliğinde değişiklik olması halinde uygulama bulmaktadır. Düzenlemede geçen “veya” bağlacı, söz konusu kuralın iki ayrı hususu ortaya koyduğuna işaret etmektedir. Davacının kişiliğinde değişiklik, bizzat davacının kişi haklarını kullanabilmesi (ehliyeti) üzerinde ortaya çıkmakta iken, niteliğinde değişiklik, davacı olma sıfatına yönelik bir değişime işaret etmektedir. Buna göre, ölüm ya da diğer sebeplerle davacının dava takip ehliyetini yitirmiş olması ihtimali, davacının kişiler hukukundan kaynaklanan statüsündeki farklılaşmadan kaynaklandığından kişiliğinde değişiklik olarak nitelendirilebilir<sup>7</sup>. Buna karşılık, nitelik değişikliği davacılık sıfatına ilişkin bir anlama tekabül etmektedir. Bu ihtimalde, davacının kişi hakları statüsünde değişiklik olmasa da devam eden davada davacı olma sıfatını ortadan kaldıran bir gelişme meydana gelmektedir<sup>8</sup>.

Ölüm veya diğer sebeplerle davanın taraflarında kişilik veya nitelik bakımından değişiklik olması ihtimalinde ortaya çıkacak sonuçlar ikili bir ayrım ile incelenebilir. Davacının ölümü durumunda dosyanın işlemden kaldırılmak suretiyle yargılamanın askıya alınması mümkün olduğu gibi, dilekçe iptal edilerek yargılamanın sona ermesi de söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık, kişilik veya nitelik üzerinde meydana gelen değişikliğin ölüm dışındaki sebeplerle ortaya çıkması durumunda dosya işlemden kaldırılmaktadır.

<sup>5</sup> Yunus Eraslan, *Türk İdari Yargı Sisteminde Dosyanın İşlemden Kaldırılması* (Adalet 2020); Ahmet Ziya Çalışkan, *İdari Yargıda Tarafların Değişmesi* (Adalet 2012).

<sup>6</sup> Aksi yönde karar için bkz Danıştay 8. D, 4367/566, 18.02.1999, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 15.08.2023.

<sup>7</sup> Yenice ve Esin (n 4) 563.

<sup>8</sup> Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları* (2. Baskı, Balkanoğlu Matbaacılık 1976) 287. Öğretide Yıldırım ve Üstün, dava devam ederken davacının hukuki statüsünde değişiklik olması ve bu sebeple subjektif menfaat koşulunun dava sırasında yitirilmesi ihtimalinin de İYUK madde 26 hükmü kapsamında davanın taraflarının niteliğinde değişiklik olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Turan Yıldırım ve Gül Fiş Üstün, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (On İki Levha 2020) 383). Bu yöndeki başka bir görüş için bkz Eraslan (n 5) 29.



## I. Dosyanın İşlemden Kaldırılması İhtimaline Yönelik Değerlendirmeler

Dosyanın işlemden kaldırılması durumunda, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmaya kadar yahut idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosya üzerinde yargılama hukukuna dair işlem yapılmamaktadır. Dosyanın işlemden kaldırılması kararı nihai karar niteliği taşımamaktadır. Bu sebeple, tek başına kanun yolu başvurusuna konu edilemez<sup>9</sup>.

Davanın taraflarında değişiklik sebebiyle dosyanın işlemden kaldırılması ilk derece mahkemesi aşamasında gerçekleşebileceği gibi, kanun yolu aşamasında da söz konusu olabilmektedir<sup>10</sup>. Kanun yolu aşamasında işlemden kalkmış olan dava dosyasını takip edebilmesi için idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesi mümkündür<sup>11</sup>. Zira kanun yolu başvurularında aktif taraf idare de olabilmektedir. Danıştay bir kararında, “*Kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçe, karşı tarafı teşkil edenlerden ...birinin de ölmüş olması nedeniyle tebliğ edilememiştir. ...ölenin mirasçıları hakkında takip yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına*” karar vermiştir<sup>12</sup>. Buna karşılık bazı Danıştay kararlarının karşı oy yazılarında, kanun yolu aşamasında ölen kişileri ilgilendiren davalarda ne yolda işlem yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olduğundan bahisle, usul hükümlerinin, kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle, kanun yolu aşamasında Kanun’un 26. maddesinin uygulanması suretiyle karar verilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>13</sup>.

Dosyanın işlemden kaldırılmasının iki temel sonucu bulunmakta olup, bunlar devam eden yargılamanın askıya alınması (A) ve yargılama usulü işlemlerinin durmasıdır (B). Her iki sonuç da idari yargılama usulünün tabi olduğu ilkeler bakımından bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir.

### A. Yargılamanın Askıya Alınmasının Yarattığı Hukuki Sonuçlar

Kanun metninin lafzından anlaşılacağı üzere, işlemden kaldırılan dosyanın tekrar işleme konulabilmesi için davayı takip yetkisi kendisine geçenlerin bizzat

<sup>9</sup> Danıştay 9. D, 2948/6385, 02.12.2010, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 25.06.2023.

<sup>10</sup> Danıştay 10. D, 9461/6773, 17.12.1998, yayınlanmamıştır.

<sup>11</sup> Danıştay 9. D, 2948/6385, 02.12.2010, DD (2011) (126) 302.

<sup>12</sup> Danıştay DDK, 39750, 14.02.1975 in Yenice ve Esin (n 4) 567.

Nitekim Danıştay mülga karar düzeltme yolu aşamasında dahi davanın taraflarında değişiklik olması ihtimalinde İYUK madde 26 hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi: “*Maliye Bakanlığının Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu kararının düzeltilmesi istemiyle verdiği dilekçenin tebliği amacıyla düzenlenen tebliğ zarfının incelenmesinden, yükümlünün vefat etmiş olduğunun oğlu tarafından ...beyan edildiği ...anlaşılmaktadır.*

*...İdari Yargılama Usulü Kanununun 26.maddesinin 1 işaretli fıkrasında, gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verileceği hükme bağlandığından, anılan kural uyarınca dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verildi.”* (Danıştay VDDGK, 211/276, 30.09.1994, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.05.2023.).

<sup>13</sup> Danıştay 10. D, 9461/6773, 17.12.1998 in Cemil Kaya, “İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme” (2004) 12(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145; Danıştay VDDGK, 34/29, 18.12.1987, DD (1988) (70-71) 127. Bu yaklaşımın eleştirisine yönelik görüş ve gerekçeleri için bkz Candan (n 3) 456.

mahkemeye başvuruda bulunması gerekmektedir<sup>14</sup>. Dosyanın tekrar işleme konulmasına yönelik başvuru yapılabilmesi bakımından herhangi bir zamansal sınırlama öngörülmemiştir<sup>15</sup>. Başka bir deyişle, davayı takip hakkını elde eden kişi her zaman dosyanın yenilenmesi talebinde bulunabilecektir<sup>16</sup>. İlgililer tarafından dilekçe ile başvurulması üzerine dosyanın yeniden işleme konulmasına karar verilmektedir<sup>17</sup>. Dosyanın işlemde kaldırılması, ara karar niteliğinde olduğundan; bu karara karşı kanun yolu kapalıdır<sup>18</sup>.

Uygulamada ise, dava dosyasının belirsiz bir süre boyunca açık kalmasının önüne geçilmesi amacıyla, bir karar numarası verilmek suretiyle dosyanın kapatılması; mirasçılarının veya takip yetkisi kendisine geçenlerin başvurusu durumunda yeniden esas numarası verilmek suretiyle davanın sürdürülmesi usulü benimsenmiştir<sup>19</sup>. Öyle ki Danıştay'ın bir kararındaki azlık oyunda, işlemde kaldırma kararının verilmesi üzerine uygulamada dosya hakkında karar numarası verildiğinden bahisle, bu kararın kanun yoluna konu edilebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>20</sup>.

Gerçek kişi olan davacının ölümü durumunda, mirasçıların davayı takip yetkisini kullanabilmesi için mirası ret süresinin sonunu beklemeleri gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu ihtimalde, davanın mecburi dava arkadaşı sıfatıyla tüm mirasçılar tarafından ya da miras ortaklığınca takip edilmesi mümkündür<sup>22</sup>. Davacının birden fazla mirasçısının bulunması ihtimalinde, tek bir mirasçının, diğer mirasçıların muvafakatini

<sup>14</sup> Buna karşılık Danıştay bir kararında, takip yetkisi kendisine geçenlerin ölen davacının vekiline vekalet vermesini, takip yetkisinin kullanılmasına yönelik irade beyanı olarak nitelendirmiştir (Danıştay 10. D, 2735/164, 22.01.2001 in Yakup Bal, Mustafa Karabulut ve Yahya Şahin, *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları* (Seçkin 2003) 755.).

<sup>15</sup> Bir kararında ise Danıştay, Kanun metniyle neredeyse tamamen çelişkili bir hüküm kurmuştur: “*davacı Konfederasyonun 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile kapatıldığından anlaşılması nedeniyle 2577 sayılı idari Yargılama Usulü kanununun 26. maddesinin 1. fıkrası uyarınca dosyanın işlemde kaldırıldığı, anılan kararın üzerinden bir yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen yenileme dilekçesi verilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla; bakılan uyuşmazlıkta, davanın açılmamış sayılmasına*” hükmolunmuştur (Danıştay 10. D, 6708/1523, 16.04.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 26.07.2023).

<sup>16</sup> Öğretide Candan, bu durumun 2577 sayılı Kanun'un 26. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişikliğe ilişkin kanun koyucunun saikiyle bağdaşmadığını savunmaktadır (Candan (n 3) 675.). 2577 sayılı Kanun'un 26/3 hükmüne göre, davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamaması sebebiyle dosyanın işlemde kaldırılması durumunda, “[d] osyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.” Dolayısıyla bu süre dolduktan sonra dosyanın tekrar işleme konulması mümkün olmayacaktır.

<sup>17</sup> Danıştay 6. D, 7048/5832, 01.10.2014; Danıştay 5. D, 2018/2802, 18.10.2018, (Yürütmenin Durdurulması Kararı), <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 15.05.2023.

<sup>18</sup> Danıştay 5. D, 4045395, 23.02.2021; Danıştay 9. D, 1676/6017, 08.10.2018; Danıştay 6. D, 7467/4834, 15.06.2017, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 15.05.2023.

<sup>19</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019) 1412. Dosyanın işlemde kaldırılması kararı ara karar şeklinde de alınmaktadır (Danıştay 5. D, 2018/57472, 26.09.2018, (Yürütmenin Durdurulması Kararı), <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 03.04.2023.).

<sup>20</sup> Danıştay 3. D, 1380/313, 28.01.2020; Danıştay 6. D, 19236/8643, 03.10.2019, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 12.03.2023. Aynı yönde Bölge İdare Mahkemesi kararı için bkz İstanbul BİM 6. VDD, 2797/3050, 07.11.2019, yayımlanmamıştır.

<sup>21</sup> A Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü* (2. Bası, Turhan 1999) 671.

<sup>22</sup> Kaya (n 13) 149.

almaksızın, davayı sürdürmesi mümkün olmayacaktır<sup>23</sup>. Terekenin atanmış resmi görevliler tarafından yönetildiği hallerde, davayı takip yetkisi bu görevliler tarafından kullanılabilir<sup>24</sup>.

Kanun yolu aşamasında idare tarafından takibin yenilenmesi ihtimalinde ise dosya mirasçılar aleyhine yenileneceğinden, öncelikle mirasçıların belirlenmesi, bunun için de miras ret süresinin dolması gerekecektir<sup>25</sup>. Mirasçıların mirası reddetmesi durumunda, idarenin takibi yenilemesi mümkün olmayacaktır<sup>26</sup>.

Her ne kadar şekil yönünden dosyaya karar numarası verilerek yargılama sonlandırılmış olsa da dosyanın işlemde kaldığı hallerde, yargılama belirsiz bir süre boyunca askıda kalmaktadır. Bu durumun ise, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması sebebiyle adil yargılanma hakkı; aradan uzun bir süre geçtikten sonra hüküm kurulabilecek olması sebebiyle idari istikrar ilkesi bakımından önemli sorunları beraberinde getireceği şüphesizdir<sup>27</sup>.

Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması idari uyuşmazlıklarda da adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Makul süre değerlendirmesi bakımından üç kritere göre değerlendirme yapılmakta olup, bunlar davanın karmaşıklığı, başvuruçunun tutumu ve yetkili makamın tutumudur<sup>29</sup>. Buna göre, davacının usulü haklarını kullanması ya da kullanmaması sonucunda yargılamanın uzaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmemektedir<sup>30</sup>. İlginin

<sup>23</sup> “Dosyanın incelenmesinden, ... günündeki duruşmasında davacı vekilinin davacının öldüğünü, görülmekte olan davanın, davacının mirasçıları ... ve ... tarafından takip edileceğini, diğer mirasçıların vekaletnamelerinin daha sonra ibraz edileceğini belirttiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece yukarıda aktarılan yasa maddesi hükmü uyarınca davanın devam edilebilmesi için mutlaka mirasçıların başvurusu gerektiği yolunda herhangi bir hüküm yer almamış olup, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin başvurusuna kadar dosyanın işlemde kaldırılacağı açıkça belirtilmiştir. ...davacının terekesinin idaresi için yetkili yargı organınca tayin edilen kayıuamların, tereke içinde yer alan taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle idari yargı yerinde açılmış bulunan davayı takip hakları bulunduğu” (Danıştay 10. D. 2506/455, 12.02.2001 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 756.). Başka bir kararında da “mirasçıları belirlemeyen davacının terekesinin idaresi için yetkili yargı organınca tayin edilen kayıuamların, tereke içinde yer alan taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle idari yargı yerinde açılmış bulunan davayı takip hakları bulunduğu gözetilmeksizin mirasçıların başvurusu gerektiğinden” şeklinde hüküm kurmuştur (Danıştay 6. D. 196/613, 18.06.1986, yayınlanmamıştır).

<sup>24</sup> Danıştay, davacının terekesinin idaresi için atanan kayıuamların kamulaştırma işleminin iptali istemiyle açılan davayı takip hakkının bulunduğu karar vermiştir: “ölüm nedeniyle tarafların kişiliğinde meydana gelen değişiklik halinde davaya devam edilebilmesi için mutlaka mirasçıların başvurusu gerektiği yolunda herhangi bir hüküm yer almamış olup, davayı takip hakkı kendisine geçenlerin başvurusuna kadar dosyanın işlemde kaldırılacağı açıkça belirtilmiştir. ...davacının terekesinin idaresi için yetkili yargı organınca tayin edilen kayıuamların, tereke içinde yer alan taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle idari yargı yerinde açılmış bulunan davayı takip hakları bulunduğu” (Danıştay 10. D. 2506/455, 12.02.2001 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 756.). Başka bir kararında da “mirasçıları belirlemeyen davacının terekesinin idaresi için yetkili yargı organınca tayin edilen kayıuamların, tereke içinde yer alan taşınmazın kamulaştırılması işleminin iptali dileğiyle idari yargı yerinde açılmış bulunan davayı takip hakları bulunduğu gözetilmeksizin mirasçıların başvurusu gerektiğinden” şeklinde hüküm kurmuştur (Danıştay 6. D. 196/613, 18.06.1986, yayınlanmamıştır).

<sup>25</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 19) 1412.

<sup>26</sup> Danıştay 10. D. 2506/455, 12.02.2001, in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 756.

<sup>27</sup> Çalışkan (n 5) 34.

<sup>28</sup> A Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (9. Bası, Turhan 2011) 270-271; Yücel Oğurlu, “Mukayeseli İdari Yargıda Süreler ve Makul Süre Problemi”, in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu* (Danıştay Yayınları 2012) 132 vd

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi ve AİHM içtihadı için bkz Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (3. Bası, Beta 2008) 380 vd; Nurcan Yılmaz Özel, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha 2016) 157.

<sup>30</sup> *Circosta ve Viola v İtalya*, 19753/92 (AİHM 04.12.1995); *König v Almanya*, 6232/73 (AİHM 10.03.1980), <www.hudoc.echr.coe.int> Erişim Tarihi 10.04.2023.)

yargılamada sürati sağlamak için kendisine düşeni yapması, geciktirici taktikler kullanmaktan kaçınması, usulü işlemleri yaparken gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda gecikme nedeniyle Devletin sorumluluğundan söz edilemez<sup>31</sup>.

İlk derece mahkemesi yargılaması sırasında davacının kişilik veya niteliğinde değişiklik olması durumunda, takip hakkı kendisine geçenlerin başvurusuna kadar yargılama işlemlerine devam edilmeyecektir. Ayrıca dört aylık sürenin sonunda varsa yürütmenin durdurulması kararı da hükümsüz hale gelecektir. Bu ihtimalde dava konusu işlemin icrailiği devam edeceğinden yargılamanın askıda kalması idare ya da söz konusu işlemin yürürlükte olmasında yararı bulunan üçüncü kişiler üzerinde olumsuz bir sonuç yaratmayacaktır<sup>32</sup>. Takip hakkı geçenlerin kendilerinin başvuru yapmaması sebebiyle bu ihtimalde yargılama uzamış olacağından, bu kişiler bakımından da makul sürede yargılanma hakkının ihlalden söz edilemez. Benzer durum ilk derece ya da istinaf aşamasında davanın reddedilmesi üzerine kanun yolu başvurusunda bulunulması halinde de söz konusu olmaktadır.

Öte yandan, kanun yoluna idarenin başvurması ve davanın pasif tarafının kişilik veya niteliğinde değişiklik olması halinde, dosyanın işlemde kaldırılması üzerine durum idareye bildirilecektir<sup>33</sup>. Bu ihtimalde, halihazırda dava kabul edilmiş ve iptal kararı verilmiş olduğundan kanun yoluna başvuru anında durum pasif taraf olan davacının lehinedir. Dolayısıyla davanın devam etmesinde idarenin menfaatinin bulunduğu açıktır. Kanun yolu başvurusunun belirsiz bir süre boyunca askıda kalması, pasif taraf olan davacı üzerinde olumsuz netice yaratmayacaktır. Nitekim, bu ihtimalde Kanun'un 52. maddesi uyarınca mahkeme kararının yürütmesinin durdurulmuş olması ihtimalinde, bu karar dört aylık sürenin sonunda hükümsüz hale gelmektedir.

Bu noktada, dosyanın askıda kalmasının makul sürede yargılanma bakımından doğrudan bir aykırılık teşkil edeceğinin söylenmesi güçtür. Buna karşılık, her iki ihtimalde de özellikle yargılama sonucunda verilecek karardan hukuki durumu etkilenecek üçüncü kişilerin haklı beklentileri ya da kazanılmış haklarına yönelik sonuçlar ortaya çıkabilmektedir<sup>34</sup>. Şöyle ki, iptal davasına konu edilen ve en geç dosyanın işlemde kaldırılmasından itibaren dört aylık sürenin sonunda yürütmenin

<sup>31</sup> "...başvurucunun tutumu, yargılamanın uzunluğu tespit edilirken, nesnel bir gerçek olarak dikkate alınır. Devlet, başvurucunun tutumu nedeniyle ortaya çıkan gecikmelerden sorumlu tutulamaz." (Anayasa Mahkemesi, Yaşar Bulut ve Hakan Akşam, 2014/5897, 02.02.2015, RG 27.05.2015/29368.) Aynı yönde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz Monnet v Fransa, 13675/88, 27.10.1993, <www.hudoc.echr.coe.int.> Erişim Tarihi 10.04.2023.

<sup>32</sup> Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 26/4 hükmüne göre, dosyanın işlemde kaldırılması kararı yalnızca karşı tarafa tebliğ edildiğinden mirasçılar ya da hak sahiplerinin durumu öğrenmesi uygulamada gecikebilmektedir (Danıştay 3. D, 2718/5873, 07.11.2018; Danıştay 13. D, 3715/663, 15.03.2017, <www.danistay.gov.tr.> Erişim Tarihi 12.04.2023.). Daha az sayıdaki kararında ise Danıştay, dosyanın işlemde kaldırılması kararını her iki tarafa da tebliğ etmiştir (Danıştay 6. D, 5625/10749, 27.12.2018, <www.danistay.gov.tr.> Erişim Tarihi 12.04.2023.).

<sup>33</sup> Danıştay 5. D, 17981/1657, 11.10.2018; Danıştay 13. D, 3845/1704, 15.05.2019, <www.danistay.gov.tr.> Erişim Tarihi 14.04.2023.

<sup>34</sup> Aynı yönde Çalışkan (n 5) 94.

durdurulması kararının hükümsüz hale gelmesiyle icrailik kazanan işlem esas alınarak idarenin işlemler tesis etmesi ve uzun bir süre geçtikten sonra dosyanın tekrar işleme konularak yargılamanın tamamlanması sonucunda işlemin iptal edilmesi durumunda, bu işlem dayanak alınarak tesis edilen diğer işlemlerin akıbeti özellikle idari istikrar ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Benzer bir durum, davanın reddedilmesi üzerine başvuru kanun yolu aşamasında dosyanın işlemde kaldırılması ve uzun bir süre geçtikten sonra dosyanın tekrar işleme konularak yargılamanın davacı lehine sonuçlanması durumunda da söz konusu olabilecektir.

İptal kararları üzerine idari işlemin tesis edildiği tarihten itibaren geriye etkili olarak ve tüm sonuçlarıyla hukuk düzeninden kaldırıldığı dikkate alındığında, bu işlem esas alınarak tesis edilmiş olan işlemler de sebep unsuru yönünden sakat hale gelecektir<sup>35</sup>. Bununla birlikte, dayanak işlemlerin iptal edilmiş olması, kendiliğinden bu işleme dayanılarak yapılmış işlemlerin yürürlükten kalkması sonucunu yaratmaz. Bu işlemlerin de ayrıca yürürlükten kaldırılması gerekmektedir<sup>36</sup>. Bu bakımdan, yargılama sonucunda işlemin iptal edilmesi, bu işleme dayanılarak tesis edilmiş işlemlerin hükümsüz hale gelmesine yol açmayacaktır. Ancak bu karar dikkate alınarak idarenin, söz konusu işlemlerin geri alınmasına yönelik işlem tesis etmesi ihtimali idari istikrar ilkesine yönelik tartışmaları gündeme getirebilecektir<sup>37</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından, “*kamu idaresinin yürürlükte bulunan kuralları yürürlükte kaldıkları sürece, onların uyduğu her olaya gereğince ve aynı biçimde uygulaması*” olarak tanımlanan<sup>38</sup> idari istikrar ilkesi uyarınca, *idarenin sakat tasarruflarını her zaman geri alabileceği yolundaki genel prensipte, kazanılmış haklarla müesses durumları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrarı sağlamak ihtiyacı ve zarureti nedeniyle zaman içinde değişime uğramış ve sakat idari işlemlerin ne şekilde geri alınabileceği belli kurallara bağlanmıştır*<sup>39</sup>. Bu bakımdan hukuka aykırı işlemlerin her zaman geri alınamaması, idari istikrar ilkesinin bir sonucudur<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Danıştay 5. D, 13/515, 25.02.1998, DD (1999) (97) 308.

<sup>36</sup> Erdoğan Bülbül, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması* (Beta 2010) 105.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi de bir kararında yargılamanın hızlı şekilde sonuçlandırılması ile idari istikrar ilkesi arasındaki ilişkiyi, “*İdari yargıda ağırlıklı bir yeri bulunan iptal davaları, işlemlerin hukuka uygulanmasını sağlama amacının yoludur. İdari yargı, işlemlerin yargısal denetimini yapar. Bu işleviyle İdarenin hukuk alanındaki aykırılıklarını saptar, önler ve giderir. Böylece İdareyi hukuk sınırları içinde tutarak aynı zamanda hem devletin hem de kişilerin zararlarını önler, iptal davalarının hızla incelenip sonuçlanması “istikrar” ve “güvenilirlik” ilkelerinin de gereğidir.*” ifadeleriyle ortaya koymuştur (Anayasa Mahkemesi, 1/16, 21.06.1991, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 28.04.2023.). Başka bir kararında da Anayasa Mahkemesi davanın sürüncemede bırakılmasının hukuki istikrar ilkesi ile bağdaşmadığını, “*Yargı kararlarının tabii kılınacakları bir kanun yolu incelemesi neticesinde ortadan kaldırılma ihtimalinin hukuk düzeni içerisinde sürekli olarak gündemde tutulması hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Yargılamaların sürüncemede kalmasını engellemek, uyuşmazlıkların mümkün olan en kısa süre içerisinde nihai çözüme kavuşturulmasını, hukuk aleminde etki ve sonuçlarını doğurması beklenen kesin hükmün bir an önce teminini sağlamak düşüncesiyle yargı kararlarına karşı üst mahkemeler nezdinde yapılması öngörülen kanun yolu başvuruları kanunlarla belli sürelerle bağlanmıştır.*” ifadeleriyle vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi, *A Ö Başvurusu*, 2014/5225, 08.11.2017, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 28.04.2023.).

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi, 51/16, 10.03.1977 <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 28.04.2023.

<sup>39</sup> Danıştay 3. D, 83/100, 28.05.1981, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20.04.2023.

<sup>40</sup> Murat Ekinci, *İdari İstikrar İlkesi* (Adalet 2021) 28; Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması* (Sevinç Matbaası 1970) 73.

Yargılamanın devam ettirilmesi sonucunda iptal kararı verilmesi, bu işleme dayanılarak tesis edilen işlemleri sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirecek olsa da Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin alt unsurları olan hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkesini dikkate alan Danıştay'ın hukuka aykırı işlemlerin geri alınabilmesi bakımından ikili bir ayırım benimsediği görülmektedir. Buna göre, olağan hukuka aykırılık hallerinde, idari işlemin ancak dava açma süresi olan 60 günlük süre içinde geri alınabileceği Danıştay içtihadında kabul edilmiştir<sup>41</sup>. Buna karşılık, ağır hukuka aykırılık halleri olarak nitelenen açık hata, ilgilinin hilesi ve yokluk hallerinde hiçbir süreye bağlı kalımsızın idari işlemin geri alınabileceği kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

Davacının kişilik veya niteliğinde değişiklik olması sebebiyle yargılamanın uzun bir süre boyunca askıda kalması durumunda benzer bir ayırım yapılarak, üçüncü kişiler lehine tesis edilen işlemlerin hukuki durumunun belirlenmesi mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, açık hata ya da ilgilinin hilesi bulunmaksızın tesis edilmiş olan bu işlemlerin geçerliliğini koruyacağı sonucuna ulaşılması mümkündür.

Kazanılmış haklara yönelik olarak yargı mercilerinin, hukuki güvenliğin ve idari istikrarın korunması amacıyla geliştirmiş olduğu bu uygulama, esasında idarenin hukuka uygun davranmasını ve bu doğrultuda hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan iptal davalarının hukuk düzeninde yaratacağı sonuçlar bakımından önemli bir kısıtlama getirmektedir<sup>43</sup>. Zira, her ne kadar idarenin hukuka aykırı işlemi iptal edilmiş olsa da bu hukuka aykırı işlemin sebep unsuru oluşturduğu diğer işlemler ayakta kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla, bu içtihat Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin bir unsuru olan hukuk güvenliği ve idari istikrarın korunması ile diğer unsuru olan idarenin hukuk sınırlarında ve hukuka uygun olarak faaliyet yürütmesi prensibini karşı karşıya getirmektedir.

Bu çelişkiyi gidermek bakımından bir çözüm olarak, tarafların yargılama sırasında kişilik veya nitelik değişikliğine yönelik olarak Fransız hukukunda benimsenen usul, hukukumuz için de yol gösterici olabilecektir. Fransız hukukunda, dosyanın işleminden kaldırılması bakımından, yargılama işlemlerinin içinde bulunduğu mevcut aşama dikkate alınmaktadır. Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (Code de justice administrative – "CJA") 634-1 hükmüne göre, tarafların iddia ve savumalar ile delillerini sunmalarından sonra, dosyanın karar aşamasında olması ihtimalinde, ölüm ya da diğer sebeplerle tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana

<sup>41</sup> Danıştay İBK, 8/14, 22.12.1973, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20.04.2023.

<sup>42</sup> Danıştay 8. D, 1570/3441, 27.09.2004, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 20.04.2023.

<sup>43</sup> Bilindiği gibi, iptal davaları nitelik itibarıyla tam yargı davaları ile özel hukuk uyuşmazlıklarından farklıdır. Diğer dava türlerinden farklı olarak iptal davaları, kamu gücünün hukuka uygun kullanımını sağlamak ve hukuk devletine hizmet etmek suretiyle kamu yararının gerçekleşmesini amaçlayan objektif davalardır (Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Savaş 2021) 84.). Bu bakımdan, iptal davalarının esas fonksiyonu, idarenin hukuk sınırlarında kalması ve hukuka uygun hareket yürütmesinin sağlanması, idarenin hukuk sınırlarının dışına çıkması halinde ise, durumun önceki hale iadesinin sağlanmasıdır.

gelmesi durumunda dosya işleminden kaldırılmamakta, mahkeme tarafından hüküm kurulmaktadır. Tekemmül etmiş olan dosyaların karar aşamasında olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, dosyanın tekemmül etmiş olması, karar aşamasında olması durumunda, taraf değişikliği gerçekleşse dahi dosya işleminden kaldırılmamakta, hüküm kurulmaktadır<sup>44</sup>. İdarenin savunmasını sunmuş olması dosyanın tekemmül etmesi koşulu bakımından yeterli bulunmaktadır<sup>45</sup>. Henüz karar aşamasında olmayan yargılamalarda ise<sup>46</sup>, mahkemenin dosyayı işleminden kaldırma ya da davacının mirasçılara süre verilerek davaya devam edip etmeme yönündeki iradelerini sorma usulünü benimsemesi mümkündür<sup>47</sup>. Bu süre boyunca yargılama usulü işlemlerine devam edilmemektedir<sup>48</sup>. Öngörülen süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde tam yargı davalarında dosya işleminden kaldırılmaktadır<sup>49</sup>. Bu ihtimalde dosyanın yeniden işleme konulabilmesi bakımından Kanun'da herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir (CJA R 634-1). Buna karşılık, iptal davalarında başvuru yapılmaması durumunda mahkeme karar verilmesine yer olmadığına hükmetmektedir. Bu süre içerisinde yargılamaya devam edecekleri yönünde irade açıklamasında bulunulması halinde, yargılama kaldığı yerden devam edecektir<sup>50</sup>. Bu bakımdan, Fransız hukukunda iptal davaları yönünden dosyanın işleminden kaldırılması usulünün işletilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>51</sup>.

Danıştay da tespit etmiş olduğumuz bazı kararlarında üstü kapalı bir şekilde de olsa bu usulü uygulamıştır. Bir kararında Danıştay, kanun yolu aşamasında davacının kısıtlanması üzerine önce vasi ile iletişime geçilerek, dosyayı takip yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağına sorulmasına, yanıt verilmemesi ihtimalinde dosyanın işleminden kaldırılmasına karar vermiştir<sup>52</sup>. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, süre verilerek, bu süre içerisinde davayı takip edip etmeyeceğinin vasiye sorulmasına, cevap verilmemesi üzerine davanın ehliyet yönünden reddedilmesine hükmedilen kararı hak arama hürriyetine aykırı bulmamıştır<sup>53</sup>.

<sup>44</sup> Camille Broyelle, *Contentieux administratif* (6<sup>e</sup> édition, LGDJ 2019) 209; Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif* (5<sup>e</sup> édition, Hachette Supérieur 2016) 151; Olivier Gohin et Florian Poulet, *Contentieux administratif*, (9<sup>e</sup> édition, LexisNexis 2015) 364; Clémence Barray et Pierre-Xavier Boyer, *Contentieux administratif* (Flammarion 2015) 253; Anne Courreges et Serge Dael, *Contentieux administratif* (4<sup>e</sup> édition, PUF 2006) 217.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, 25 novembre 1955 Mauranne in AJDA (1956) 6.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, Assemblée 11 mai 1973 n° 79230 in AJDA (1973) 428.

<sup>47</sup> Conseil d'Etat, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections reunies 13 janvier 2003, n° 244844, <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 02.05.2023; Tribunal administratif de Versailles, 05 février 2008 Godea Restaura in AJDA (2009) 695.

<sup>48</sup> Courreges et Dael (n 44) 217.

<sup>49</sup> Barray et Boyer (n 44) 254; Courreges et Dael, (n 44) 217. Conseil d'Etat, 3 octobre 1980 n° 89907 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 02.05.2023.

<sup>50</sup> Conseil d'État, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections réunies 28 février 2007 n° 278514 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 02.05.2023.

<sup>51</sup> Ricci (n 44) 152.

<sup>52</sup> Danıştay 8. D, 8224/5514, 24.05.2016, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.05.2023. Aynı yönde başka bir karar için bkz Danıştay 5. D, 3548/23477, 28.11.2017, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.05.2023.

<sup>53</sup> Anayasa Mahkemesi, *Osman Gümüüşü (2) Başvurusu*, 2013/7006, 13.04.2016, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 30.05.2023.

Yargılamanın makul sürede sonuçlanması, bu sayede idari istikrar ve kazanılmış hakların korunması ile çelişmeli yargılama ilkesi arasında sağlanmak istenen denge bakımından, süre verilerek tarafların iradesinin talep edilmesinin etkin bir çözüm oluşturacağı kanaatindeyiz. Bu sayede, bir yandan yargılamanın belirsiz bir süre boyunca askıda kalmasının önüne geçilebilecek, diğer yandan yargılamanın devamında davayı takip yetkisine sahip ilgililerin etkin bir konuma getirilmesi sağlanacaktır. İlgililerin hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından süre sınırı öngörülmesi, istenen meşru amaç olan idari istikrar ilkesi ile orantılı olduğunda Anayasa Mahkemesi tarafından da hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

## **B. Yargılama Usulü İşlemleri Üzerindeki Hukuki Sonuçlar**

Dosyanın işlemden kaldırılması kararının verilmesi durumunda, dava takip hakkı kendisine geçen kişi ya da mirasçılardan dosyayı tekrar işleme koymasına kadar dosya üzerinde herhangi bir usulü işlem gerçekleştirilmeyecektir. Bu haliyle işlemden kaldırma kararının, nitelik olarak bekletici mesele şeklinde addedilebileceği de savunulmaktadır<sup>55</sup>.

Dosyanın işlemden kaldırılması kararını takiben usulü işlemler durmakta olsa da bu karara kadarki süreçte gerçekleşmiş olan bazı usulü işlemlerin hükümsüz kalması (1); bazı hallerde ise hükümsüz kalamaması (2) yargılama bakımından bazı olumsuzluklara yol açabilmektedir.

### **1. Yargılama Usulü İşlemlerinin Hükümsüz Kalmasından Kaynaklanan Haller**

Davanın taraflarında kişilik veya nitelik değişikliğinin gerçekleşmesi üzerine dosyadan el çekilerek yargılamanın askıya alınması gerekirken de mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan bazı hallerde (a) idari yargı mercileri yargılama usulü işlemleri yapmakta ve hatta hüküm kurabilmektedir. Bu işlemlerin hükümsüz hale gelmesi ise, idare hukuku ve idari yargılama hukukuna ilişkin anayasal ve içtihadî ilkeler yönünden bazı uyumsuzlukları beraberinde getirmektedir (b).

#### **a. Yargılama Usulü İşlemlerinin Hükümsüz Kalmasına Yol Açan Haller**

Dosyanın işlemden kaldırılması sebebinin mahkeme tarafından öğrenilememesi (i), yahut öğrenilen sebebin bu kararın alınmasına tek başına elverişli olmaması (ii), mahkemenin dosyayı işlemden kaldırmayarak yargılama usulü işlemlerini sürdürmesine sebep olabilmektedir.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Bolat ve Diğerleri Başvurusu*, 2013/5974, 10.03.2016, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 30.05.2023.

<sup>55</sup> Eraslan (n 5) 21.



## i. Yargılamanın Tarafının Kişilik veya Niteliğindeki Değişiklikten Mahkemenin Haberdar Olamaması İhtimali

Davanın taraflarının kişilik veya niteliğinde değişiklik olması sebebiyle Kanun'un 26. maddesi uyarınca dosyanın işlemden kaldırılması veya dilekçenin iptal edilmesi gerekirken, davaya devam edilmiş olması Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Benzer şekilde davanın tarafında değişikliğin tespit edilmesi ihtimalinde, istinaf aşamasında Bölge İdare Mahkemesi de ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı işlemden kaldırılmak üzere ilk derece mahkemesine göndermektedir<sup>57</sup>. Taraf değişikliğinin kanun yolu aşamasında gerçekleşmesi durumunda ise, karar verilmesine yer olmadığına hükmedilerek dosya işlemden kaldırılmak üzere kararı veren mahkemeye gönderilmektedir<sup>58</sup>.

Davanın taraflarının kişilik veya niteliğinde değişiklik halinin mahkeme nezdinde hüküm doğurabilmesi için söz konusu durumun davaya bakmakta olan mahkemeye mutlaka bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, durumdan haberdar olmayan mahkeme bildirim kadar yargılama işlemlerine devam edecektir<sup>59</sup>. Nitekim böyle bir durumda mahkemenin yargılamayı tamamlayarak hüküm kurması dahi ihtimal dahilindedir. Bu bakımından ilk ihtimalde, yargılama sırasında taraf değişikliğinin olması ve durumun mahkeme nezdinde öğrenilmesine karşın yargılama işlemlerine devam edilmesinin ya da hüküm kurulmasının hukuka aykırılık oluşturacağına tereddüt bulunmamaktadır.

Bir diğer ihtimalde ise, durumdan haberdar olmayan ve bu nedenle yargılama işlemlerine devam eden ya da hüküm kuran mahkemenin yapmış olduğu usulü işlemlerin hukuka uygun addedilip edilmeyeceği ise yargılama hukuku bakımından iki ilkeyi karşı karşıya getirmektedir. Benzer şekilde, ilk derece mahkemesinin kararından sonra ve fakat idare tarafından kanun yoluna başvurulmadan önce

<sup>56</sup> Danıştay 12. D. 238/2102, 09.05.2018; Danıştay 12. D. 6327/1072, 14.05.1997; Danıştay 5. D. 340/486, 26.03.1948 in DKD (1948) (40) 151. Buna karşılık, davacının öldüğü gerekçesiyle dosyanın işlemden kaldırılmasından sonra esasında ölmediğinin anlaşılması da Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir (Danıştay 12. D. 2503/550, 05.04.1995 in Sabri Coşkun ve Müjgan Karyaoğlu, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2001) 345.).

<sup>57</sup> İstanbul BİM 6. VDD, 355/2071, 10.06.2021, yayınlanmamıştır.

<sup>58</sup> Danıştay 13. D. 317/1959, 27.05.2021; Danıştay 12. D. 5316/3702, 16.06.2008; Danıştay 2. D. 4543/4312, 23.12.2005, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 08.09.2023. Bazı kararlarda ise, karar bozularak ehliyet yönünden red kararı verilerek üzere, dosya kararı veren mahkemeye gönderilmiştir (Danıştay 7. D. 2293/5610, 06.12.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 08.09.2023.). Bu içtihadın, ilk derece yargılaması aşamasında lehine hüküm kurulan pasif tarafın hak kaybına uğramasına yol açacağı açıktır. Başka kararlarında ise Danıştay dosyayı bizzat kendisi işlemden kaldırarak muhafaza edilmek üzere kararı veren mahkemeye göndermiştir (Danıştay 3. D. 8092/3241, 06.06.2019; Danıştay 13. D. 458/1613, 12.05.2016; Danıştay 7. D. 7078/6790, 10.12.2012; Danıştay 7. D. 9374/5678, 20.11.2012, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 08.09.2023; Danıştay 7. D. 5465/669, 06.03.1991 in Candan (n 3) 667.). Bu içtihat ise, ilk derece yargılaması aşamasında lehine hüküm kurulan pasif tarafın kazanılmış haklarını korumaktadır.

<sup>59</sup> Çalışkan (n 5) 13. Aynı yönde Topuz ve Özkaya (n 4) 549: “*Davacı durumundaki gerçek kişilerin, dava sonuçlandırılmadan ölmeleri veya medeni haklarını kullanma ehliyetlerini kaybetmeleri ya da bu bakımdan bir sınırlamaya tabi tutulmaları halinde, davayı takip hakkı kendisine geçen kişi/kişiler ilgili idari yargı yerine başvuruncaya kadar, dava dosyası işlemde kaldırılacaktır. ...Mahkemenin böyle bir görevi de yoktur. Bu bilgi mahkemeye sunulmadığı takdirde, dava, davacının ölümünden sonra da sonuçlandırılabilir.*”

davacının ölümü ihtimalinde de benzer bir durumla karşılaşmaktadır<sup>60</sup>. Çelişmeli yargılama ilkesinin idari uyuşmazlıklar bakımından da benimsendiği hukukumuzda, durumdan haberdar olmayan mahkemenin dosyayı işlemde kaldırmayarak usulü işlemlerine devam etmesi halinde, esasında yargılama konusu uyuşmazlıkta menfaati bulunan, davayı takip yetkisi kendisine geçen kişilerin yokluğunda, iddia ve savunmalarını ileri süremedikleri bir ortamda yargılama gerçekleşmiş olmaktadır<sup>61</sup>. Bu durumun takip yetkisi kendisine geçenlerin iddia ve savunma ileri sürme hakkını önemli ölçüde kısıtlayacağı şüphesizdir. Buna karşılık, durumdan haberdar olmayan mahkeme tarafından gerçekleştirilen usulü işlemlerin tümüyle hükümsüz sayılmasının ise özellikle usul ekonomisi ilkesi bakımından ciddi bir kısıntı oluşturacağı ortadadır. Zira, böyle bir durumda usulü işlemlerin tekrarlanması ya da mahkeme tarafından verilen hükmün yeniden yargılama yapılmak üzere kaldırılması yahut bozulması gibi hallerle karşılaşılabilir. Bu halde ise, gerek yargılamanın makul sürede tamamlanamaması ve gerek yargının iş yükünde önemli bir artışın oluşması kaçınılmazdır. Kaldı ki, re'sen araştırma ilkesi uyarınca ilgililer, maddi gerçeğin tespiti bakımından mahkemeye nazaran ikincil bir konumda olduklarından, hukuki araştırma ve değerlendirmelerin mahkeme tarafından zaten yapılacağı da ileri sürülebilecektir.

## ii. Yargılamanın Tarafının Kişilik veya Niteliğindeki Değişiklikten Mahkemenin Haberdar Olmaması İhtimali

Kanun'un 26. madde düzenlemesi çoğu zaman idari yargılama usulü kurallarının medeni hukuk ile borçlar, miras, ticaret ve eşya hukuku kurallarının birlikte uygulanmasını gerektirmektedir. Bu multidisipliner yapı sebebiyle, ilgilinin ölümüne (**aa**) ya da dava ehliyetini kaybetmesine (**bb**) ilişkin özel hukuk kuralları bazı hallerde yargılama usulü işlemleri bakımından birtakım aksama ve tutarsızlıkları beraberinde getirmektedir.

<sup>60</sup> Çalışkan (n 5) 10. Bu ihtimalde, kanun yolu aşamasında Danıştay dosyanın işlemde kaldırılması gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır (Danıştay 7. D, 7181/4240, 17.10.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 08.09.2023.).

<sup>61</sup> Nitekim yargılama sırasında tarafın ölümü ya da kişilik veya niteliğinde değişiklik olması dilekçe teatisinin tamamlanmasına ve dosyanın tekemmül etmesine de engel teşkil etmemektedir. 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre, *kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmazsa, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kopya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır. Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten süreklilik olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evraki, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kopya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.* Dolayısıyla tarafın kişiliği ya da niteliğinde herhangi bir değişiklik olup olmadığı dikkate alınmaksızın, dilekçenin ilgilinin MERNİS adresine bırakılmak suretiyle tebliği mümkündür.

## aa. Ölüm Hükümünde Sonuç Yaratıcı Kişilik veya Nitelik Değişikliği Halleri

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“*TMK*”) uyarınca ölüm, yalnızca biyolojik ölümü ya da beyin ölümünü içine almayan, daha geniş kapsamlı bir kavramdır.

Kanunu’nun 31. maddesine göre, bir kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 32. maddesine göre, ölüm karinesi bulunan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri üzerine mülkî idari amirin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek ölüm olayı işlenir.

Yine, *TMK*’nın 32. maddesi uyarınca, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Ölüm karinesinden farklı olarak, gaipliğe mahkeme kararıyla hükmedilmektedir. Hakları ölüme bağlı olanların, ilgilinin gaipliğine hükmedilmesi için mahkemeye başvurması mümkündür<sup>62</sup>. Kişi hakkında gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekmektedir. Mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, en az altı ay süre içerisinde bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır. Bu süre içerisinde ilândan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Hakkında gaiplik kararı verilen kimsenin daha sonradan ortaya çıkması durumunda, gaiplik kararı kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Ölüm karinesine ilişkin olarak mülki idari amirin vermiş olduğu karardaki gibi, mahkeme tarafından verilen gaiplik kararı geriye etkili şekilde hüküm ifa eder. Şöyle ki, *TMK*’nın 35. maddesi uyarınca kaybolan ya da kendisinden haber alınamayan kişi, ölüm tehlikesi ya da son haber alınma tarihinden itibaren gaip sayıldığından, ölümün hukuki sonuçları bu tarih itibarıyla doğmaya başlamaktadır<sup>63</sup>.

İdari yargıda dava açan ve sonrasında hakkında ölüm karinesi veya gaiplik kararı verilen kişi hakkında, ölüm karinesinin gerçekleştiği veya son haber alındığı tarihten, ölüm karinesi veya gaiplik kararı verilmesine kadarki süreçte, bu durumu öğrenen mahkemenin yargılama usulü bakımından nasıl hareket etmesi gerektiği açık değildir. Zira bu dönem boyunca, davanın tarafında kişilik değişikliği gerçekleşmemiş durumda olup *TMK*’daki sürelerin dolmasının ardından adli yargıda gaiplik kararı verileceği de kesin değildir. Diğer yandan, gaip olan bir kimse bakımından

<sup>62</sup> Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz 2022) 33.

<sup>63</sup> Dural ve Ögüz (n 62) 34.

yargılama sürdürülerek hüküm verilmesi durumunda davayı takip hakkı kendisine geçecek kişilerin iddia, savunma ve delillerini ileri sürememesi ve hatta kanun yolu başvurularından yararlanma imkanını tümüyle yitirmesi söz konusu olabilmektedir. Nitekim bu ihtimalde, kendisinden haber alınmayan yahut ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan kişi hakkında gerek ara ve gerek nihai kararlar tesis edilmekte olup, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca kişinin MERSİS adresine tebligat yapılmaktadır. Gaip olan kişinin dilekçe ret kararı üzerine dilekçenin yeniden düzenlenmesi, ıslah, bilirkişi raporuna itiraz gibi belirli süreler içerisinde kullanması mümkün olabilen imkanlardan yararlanması da imkansızlaşmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ihtimalde taraf yokluğunda hüküm kurulması ve bu hükmün kesinleşmesi durumu yargılamanın yenilenmesi sebebi de oluşturmamaktadır.

Öğretide *Eraslan*, söz konusu durumdan kaynaklanabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilmesi adına gaiplik durumunun idare mahkemesine bildirilmesi halinde, durumun bekletici mesele yapılarak yargılamaya devam edilmemesini bir çözüm olarak ileri sürmüştür<sup>64</sup>. Böyle bir uygulamanın, her ne kadar usul ekonomisi ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından yarar sağlayacağı kanaatinde olsak da yargılamanın uzayacak olması sebebiyle, idari istikrar ilkesi yönünden olumsuz neticelerinin olabileceği kanaatindeyiz.

Bu hallerde mahkemenin her ne kadar ölüm karinesi ya da gaiplik bakımından kendisine bildirim yapılmış olsa bile, gerçekleşmiş bir kişilik değişikliğinden hukuken haberdar olamaması sebebiyle dosyanın işlem den kaldırılması söz konusu olamayacaktır.

## bb. Ölüm Dışındaki Kişilik veya Nitelik Değişikliği Halleri

Ölüm dışında dava sırasında tarafların kişiliğinde değişme, çoğunlukla medeni hakları kullanma ehliyetinin sınırlanması veya kaybedilmesi durumunda söz konusu olabilmektedir. Medeni hakları kullanma ehliyetinin değiştiği veya kaybedildiği haller, TMK madde 14 ve devamında düzenlenmiştir<sup>65</sup>. Buna göre, davacının ayırt etme gücünü kaybetmesi, kısıtlı hale gelmesi ya da ergin olması durumunda medeni hakları kullanma ehliyetinde değişiklik meydana gelmektedir. Dava açıldıktan sonra davacıya vasi<sup>66</sup> veya kayyum atanması<sup>67</sup>, yasal danışman<sup>68</sup> görevlendirilmesi yahut dava açıldığı tarihte kanuni temsilci vasıtasıyla dava takip yetkisini kullanan

<sup>64</sup> Eraslan (n 5) 65.

<sup>65</sup> Kanun'un 14. maddesine göre, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur. 16. maddede ise, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceği düzenlenmiştir.

<sup>66</sup> Danıştay 5. D, 3548/23477, 28.11.2017; Danıştay 8. D, 8224/5514, 24.05.2016, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 08.09.2023.

<sup>67</sup> Türk Medeni Kanunu madde 426, 427 ve 428 hükümleri uyarınca. Kayyum atanmasının dosyanın işlem den kaldırılmasını gerektiren bir sebep olmadığına yönelik görüş için bkz Eraslan (n 5) 67.

<sup>68</sup> Türk Medeni Kanunu madde 429 hükmü uyarınca.

davacının kanuni temsilci zorunluluğunun ortadan kalkması hallerinde davacının kişiliğinde değişiklik olmaktadır<sup>69</sup>.

Danıştay da “*dava devam ederken davacının ...kısıtlanmasına ve kendisine vasi tayinine karar verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, davacının, dava devam ederken Mahkeme kararı ile hacir altına alındığı anlaşıldığından, ...davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi*” yönünde hüküm kurmuştur<sup>70</sup>. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, vasinin davada temsil hakkını kullanabilmesi için sulh hukuk mahkemesinden izin almış olması gerekmektedir<sup>71</sup>. Benzer şekilde, kişiye kayyum tayin edilmesi veya yasal danışman atanması ihtimalinde, kayyum ya da temsilci yalnızca tayinini gerektiren davalar bakımından dava takip yetkisi edinmekte olup<sup>72</sup>; dava takibi için sulh hukuk mahkemesinden izin alması gerekmektedir<sup>73</sup>.

Kısıtlama kararı TMK'nın 405. maddesi ve devamında düzenlenen usulü işlemlerin takip edilmesiyle alınabilmektedir. Kısıtlama usulü, kısıtlama sebebinin<sup>74</sup> öğrenilip yetkili vesayet makamına bildirilmesiyle başlamaktadır. Bu bildirim başta ilgilinin yakınları, idari makamlar, mahkemeler olmak üzere herkesin yapabileceği mümkündür. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlılık hali bakımından, görevlerini yaparken vesayet altına alınmayı gerekli kılan durumun varlığını öğrenen idarî makamlar ve mahkemeler, derhal yetkili vesayet makamına bildirim yapmak zorundadır. Akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kişinin kısıtlanabilmesi için bunun sürekli olması gerekir<sup>75</sup>. Benzer şekilde, özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlılık bakımından, cezayı yerine getirmekle görevli makam, hükümlünün cezasını çekmeye başladığını derhal yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür.

Kısıtlama kararı bakımından yetkili vesayet makamı, kısıtlanacak kişinin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir. Akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle

<sup>69</sup> Özgen (n 3) 1031. Aksi yönde görüş için bkz A Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku* (8. Bası, Turhan 2016) 792; Eraslan, (n 5) 67-69.

<sup>70</sup> Danıştay 2. D, 424/296, 31.01.2018, DD (2018) (148) 356.

<sup>71</sup> Nitekim bir uyuşmazlıkta Trabzon İdare Mahkemesi, “... vesayet altına alınan kişi adına dava açılması ve bu davanın takip yetkisi vasiye geçmiş olup, vasinin ise belirtilen konularda ... sulh hukuk mahkemesinden ayrıca izin alması zorunlu bulunmaktadır. ...vasinin, dava açma ve bu davayı takip iznini alıp bu izinle mahkememize başvurusuna kadar ...dosyanın işlemde kaldırılarak yargılamanın ertelenmesine” karar vermiştir (Trabzon İdare Mahkemesi, 90/434, 21.01.1991 in Kaya (n 13) 160.).

<sup>72</sup> Davanın tarafının hacir altına alınmasını ya da kendisine yasal danışman atanmasını gerektiren bir durumun oluştuğunun dava sırasında bizzat idare mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde ise, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde HMK'ya yapılan atfı doğrultusunda durum bir ara karar ile sulh hukuk mahkemesine bildirilecek, sulh hukuk mahkemesi tarafından verilecek karara kadar yargılamanın görülmesi ertelenecektir (Yenice ve Esin (n 4) 565.).

<sup>73</sup> Dural ve Ögüz (n 62) 86.

<sup>74</sup> Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen üç ayrı kısıtlılık sebebi bulunmaktadır. Bunlar, Kanun'un 405. maddesinde öngörülen akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hali; 406. maddesinde düzenlenen savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim ve 407. maddesinde öngörülen bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olma halleridir. Bunların yanında, Kanun'un 408. maddesi uyarınca ilgilinin kendisi de yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediği gerekçesiyle kısıtlama talebinde bulunabilmektedir.

<sup>75</sup> Dural ve Ögüz (n 62) 63.

kısıtlama kararı ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine; savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi sebebiyle kısıtlama kararı ise ancak ilgilinin dinlenilmesi üzerine verilir. Kısıtlama kararı, kesinleşince derhal kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân olunur. Kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemez. Üçüncü kişileri ilandan önce etkilemeyeceği dikkate alındığında, kısıtlamanın hukuki sonuçlarını ilan üzerine doğurmaya başlayacağını kabulü TMK'nın lafzının bir gereğidir. Dolayısıyla taraf değişikliği kısıtlama kararının ilanı ile gerçekleşmiş olmaktadır<sup>76</sup>.

TMK'da öngörülen usule göre, kısıtlanma sebebinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşme sebebinin idare, mahkeme ya da ilgililerce vesayet makamına bildirilmesiyle değil; vesayet makamının kararı ile kişi kısıtlı hale gelmektedir<sup>77</sup>.

Dava devam ederken davacının ayırt etme gücünü kaybettiği ve durumun tıbbi raporla ortaya konulduğu ya da diğer kısıtlanma sebeplerinin ortaya çıktığı ve fakat vesayet makamı tarafından davacı hakkında henüz kısıtlama kararı verilmediği dönem içerisinde mahkemenin hukuki anlamda kişilik değişikliğinden haberdar olamaması, dosyanın işlemde kaldırılması usulünün işletilememesi söz konusu olacaktır.

## **b. Yargılama Hukuku İşlemlerinin Hükümsüz Kalmasının Yol Açtığı Sorunlar**

Medeni hukuk kurallarının idari yargılama hukukuna içselleştirilmesinde ortaya çıkan bir uyumsuzluk olarak taraf değişikliğinden haberdar olmama veya olamama durumunda mahkeme tarafından gerçekleştirilen usulü işlemlerin hukuki geçerliliği bakımından Danıştay uygulamasında farklı çözümler benimsenmiştir. Yukarıda incelenen hallerden, mahkemenin taraf değişikliğinden haberdar olmayarak ya da ölüm karinesi veya gaiplik hali hukuki sonuç doğurmaya başlayana kadarki süreçte tesis ettiği işlemler bakımından mevzuat düzenlemesinin lafzı içtihatla esnetilmekteyken (i); ölüm dışındaki nedenlerle dava ehliyetinde meydana gelen değişiklikler bakımından, hükümsüz kılınacak işlemler mevzuata nazaran daha geniş yorumlanmıştır (ii).

## **i. Usulü İşlemlerin Ayakta Tutulabilirliği**

Yargılama sırasında tarafların kişilik değişikliğinden mahkemenin haberdar olmaması veya hukuki yönden haberdar olamaması durumunda, gerçekleştirilen

<sup>76</sup> Yargılama devam ederken davacının kısıtlılık halinin ortadan kalkması ya da ergin statüsüne girmesi gibi fiil ehliyetinin genişlediği durumlarda da dosyanın işlemde kaldırılması gerekmektedir (Danıştay 14. D. 3067/5152, 11.09.2018, yayınlanmamıştır.). Buna karşılık Danıştay, fiil ehliyeti genişleyen tarafın yargılama usulüne dair işlemler yapmaya başlamış olması durumunda, dosyanın resen mahkeme tarafından işlemde kaldırılmamış olmasını bozma sebebi olarak nitelendirmemektedir (Danıştay 5. D. 24596/17021, 30.10.2018; Danıştay 14. D. 3067/5152, 11.09.2018; Danıştay 10. D. 6296/1772, 07.03.2006, <www.kazanci.com.tr> 06.06.2023.).

<sup>77</sup> Türk Medeni Kanunu madde 409.

usulü işlemlerin tümüyle hükümsüz sayılması özellikle usul ekonomisi, yargılamanın makul sürede tamamlanması ve idari istikrar ilkeleri bakımından tartışmaları beraberinde getirirken; bu işlemlerin ayakta tutulması davayı takip yetkisi kendisine geçen kişilerin yokluğunda, iddia ve savunmalarını ileri süremedikleri bir ortamda yargılamanın gerçekleşmesi sebebiyle çelişmeli yargılama ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edebilmektedir.

Belirtmiş olduğumuz bu çatışma, karşılaştırmalı hukukta Fransa’da usul ekonomisi lehine bir yaklaşımla giderilmiştir. Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 634-1 hükmüne göre, tarafların iddia ve savunmalar ile delillerini sunmalarından sonra, dosyanın karar aşamasında olması ihtimalinde, ölüm ya da diğer sebeplerle tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesi durumunda dosya işleminden kaldırılmamakta, mahkemece hüküm kurulmaktadır. Tekemmül etmiş dosyaların karar aşamasında olduğu kabul edilmektedir. Dosyanın karar aşamasında olup olmadığının belirlendiği tarih ise ölüm tarihi olmayıp ölümün mahkemeye bildirilmesi tarihidir.

Fransız hukuku uygulamasında üç ayrı ihtimal ortaya çıkabilmektedir. İlk ihtimalde, mahkemenin taraf değişikliğinden haberdar olmaması sebebiyle yargılama usulü işlemlerinin gerçekleştirilmesi veya mahkemenin hüküm kurması mümkündür. Taraf değişikliğinin, buna ilişkin maddi olayın gerçekleşmesi değil; bu değişikliğin mahkeme tarafından öğrenilmesi üzerine mahkeme nezdinde sonuç yaratacak olması sebebiyle söz konusu işlemler ile mahkeme kararı hukuka uygun kabul edilmektedir. İkinci ihtimalde ise, taraf değişikliğine dair durumun mahkemeye bildirilmesi halinde mahkeme, yargılamanın içinde bulunduğu safhayı dikkate alarak usulü işlemlerini gerçekleştirecektir. Tarafların iddia ve savunmalarını sunmuş olmaları durumunda dosyanın tekemmül ettiği kabul edilerek yargılama usulü işlemlerine mahkemece resen devam edilmekte ve hüküm kurulmaktadır. Son ihtimalde ise, dosyanın henüz tekemmül etmemiş olması durumunda dosyanın işleminden kaldırılması ya da ilgililere süre verilerek davanın devamı bakımından iradelerini ortaya koymaları talep edilebilmektedir. Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda dosyanın hızlı şekilde sonuçlandırılması yoluyla usul ekonomisinin sağlanması anlayışı benimsenmektedir.

Türk hukukunda ise Danıştay, davanın taraflarındaki kişilik değişikliğinin mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle ölen davacı hakkında ilk derece mahkemesinin hüküm kurduğu uyuşmazlıkta, davacının ilk derece yargılaması aşaması sırasında öldüğünün temyiz yargılaması sırasında öğrenilmesine karşın ilk derece mahkemesi kararının İYUK madde 26 uyarınca işlem yapılmamış olduğu gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir: “...*Dava dosyasının incelenmesinden; davacı ...’nin 12.05.1993 tarihinde bakılan davayı açtıktan sonra 2.06.1993 tarihinde vefat ettiği ancak bu olaya ilişkin belgeleri idare mahkemesine verilmediğinden mahkemece*

*uyuşmazlığın esası hakkında karar verildiği, kararın davalı idarece temyizen incelenerek bozulması istenilmesi nedeniyle ilgili dilekçenin davacıya gönderilmesi üzerine, verilen cevap dilekçesi ile davacı ...'nin vefatını belgeleyen veraset ilamının dava dosyasına sunulduğu anlaşılmıştır./ Bu durumda, ...işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle doğan zararın tazmini istemiyle açılan davada verilecek karar, davacının mirasçılarını ilgilendirdiğinden, yukarıda anılan 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca karar verilmesi gerektiği açık olup uyuşmazlığın esası hakkında verilen kararda usule uygunluk bulunmamaktadır.”<sup>78</sup> Danıştay’ın bu yaklaşımı, İYUK madde 26 hükmünün uygulamasının ve yargılama usulü işlemleri üzerindeki etkisinin, kişilik veya nitelik değişikliğinin mahkemece öğrenilmesine değil; bu hallerin gerçekleşmesine dayandırıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Öte yandan, davanın tarafının avukatla temsil ediliyor olması durumunda dahi bu sonuç değişmemektedir. Şöyle ki, avukatın temsil yetkisi ilgilinin ölümü anı itibarıyla ortadan kalkmakta olduğundan, ölüm anı sonrasındaki bir zamanda avukat vasıtasıyla yapılmış olan işlemler de temsil eksikliği sebebiyle hükümsüz hale gelecektir.*

Ancak Danıştay’ın daha az sayıda olan aksi yönde kararı da bulunmaktadır. Danıştay bir kararında, “...Yazılı yargılama usulünün uygulandığı idari yargıda tarafların dilekçe ve savunmaları alındıktan sonra dosyanın incelenerek karara bağlanmasına herhangi bir engel kalmamaktadır. Tebligat safhası tamamlandıktan sonra taraflara bildirimde bulunulması istisnai durumlarda söz konusu olmakta, karar safhasına gelen dosyada mahkemenin tarafların kişilik ve niteliğindeki değişiklikleri saptaması için herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Davacının davayı açtıktan sonra vefatı mahkemenin bilgisi dışında bulunduğundan, davacının vefatından sonra davanın incelenerek sonuçlandırılması, kararın bozulmasını gerektiren bir neden olarak kabul edilemez.” diyerek, mahkeme kararının davacının mirasçısı tarafından süresi içinde temyiz istemine konu edilmesi üzerine usulden bozma kararı vermeyerek dosyanın esastan incelenmesine karar vermiştir<sup>79</sup>. Başka bir kararında ise Danıştay, ilk derece yargılaması aşamasında davacının ölmüş olmasına rağmen esastan hüküm kurulması, kanun yolu aşamasında davacının mirasçılarının davanın devamı yönünde irade beyan etmeleri ve davayı takip etmeleri ihtimalinde ilk derece mahkemesi kararının usulden bozulmaması yönünde hüküm kurmuştur<sup>80</sup>.

Diğer bir kararda ise Danıştay, ilk derece yargılaması sırasında davacının ölümü ve yargılamanın lehine sonuçlanması durumunda, kanun yolu başvurusunda bulunan idarenin ilk derece mahkemesi kararının İYUK madde 26 hükmü gereğince usule aykırı olduğu yönündeki iddiaları üzerine “ölüm halini” öğrenmiş olduğu uyuşmazlıkta, ilk derece yargılaması sırasında davacının ölmüş olmasını bozma

<sup>78</sup> Danıştay 12 D, 6327/1072, 14.05.1997, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 06.06.2023.

<sup>79</sup> Danıştay 4. D, 136/144, 13.01.1987 in A Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü* (2. Bası, Turhan 1999) 667.

<sup>80</sup> Danıştay İDDGK, 25/296, 03.06.1994, DD (1996) (90) 131.



sebebi olarak nitelendirmemiştir: “*Davalı idarenin temyiz dilekçesinde, davacı ...'in karar tarihinden önce 19.9.1993 tarihinde vefat ettiği ve mirasçıları tarafından bir başvuru olmadığından kararın usul yönünden bozulması gerektiği iddia edilmekte ise de; tenyiz edilen karar ile ilgili dosyanın incelenmesinden; Davacı ...'in 19.9.1993 tarihinde vefat ettiğinin temyiz aşamasında davalı idare tarafından öne sürülmesi üzerine bu aşamada ... Mirasçısı ... tarafından Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kuruluna hitaben yazılan 28.3.1994 tarihli dilekçe ile davanın devamı yönünde irade beyan edilerek, davayı takip ettikleri bildirildiğinden davalı idarenin bu yöndeki iddiaları yerinde görülmemekle işin esasına geçildi.*”<sup>81</sup>

Bu son karar, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükme yönelik olarak Danıştay’ın tutumunun ikili bir ayrımla incelenmesini gerekli kılmaktadır. Buna göre, davacının dava devam ederken ölmesi ve fakat yargılama sonunda lehine hüküm kurulması durumunda, kanun yoluna başvuran idarenin İYUK madde 26’dan kaynaklanan usule yönelik itirazlarının kabul edilmemekte olduğu; buna karşılık, davacı aleyhine hüküm kurulması ihtimalinde aynı durumun bozma sebebi oluşturduğu sonucuna varılmaktadır. Her ne kadar bu kapsamda incelenen kararların önemli bir kısmı istinaf kanun yolu yürürlüğe girmeden önce verilmiş olsa da istinaf aşamasında yargılama devam ederken davanın tarafının kişilik ya da niteliğinde değişiklik olması ihtimalinde de Danıştay’ın benzer bir tutum sergileyeceği kanaatindeyiz.

Benzer şekilde, çok sık rastlanamayacak bir ihtimal olmakla beraber ilk derece yargılaması veya istinaf aşamasında ölüm karinesi ya da gaiplik kararı alınmasını gerektiren sebebin gerçekleşmesi ve gaiplik kararının kanun yolu aşamasında alınması durumunda mahkemenin yukarıda açıklanan yönde bir tutum sergileyeceğini öngörmekteyiz.

Danıştay içtihadı bir bütün halinde değerlendirildiğinde, ilk derece ya da istinaf aşamasında yargılama devam etmekte iken davacının ya da başvurusunun ölümü veya kişilik, nitelik değiştirmesi ve yargılamanın aleyhine sonuçlanması halinde, kanun yolu aşamasında bu durumun bozma sebebi oluşturduğu, buna karşılık tarafın kişilik veya niteliğinde değişikliğe karşın yargılamanın lehine sonuçlanması halinde, idarenin yaptığı kanun yolu başvurusunda bu durumun bozma sebebi olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Benzer bir yaklaşımın, idare tarafından yapılan istinaf başvurusu üzerine yapılan incelemede pasif konumda olan davacının ölümü ihtimalinde de sergileneceği düşünülmektedir.

Fransız hukukundan farklı olarak Türk hukukunda çelişmeli yargılama prensibi usul ekonomisi ilkesine nazaran öncelikli durumdadır. Başka bir ifadeyle, yargılama sırasında tarafların iradelerinin etkili olarak ortaya konulabilmesi adına, usulü işlemlerin yenilenmesi ve yargılamanın uzaması yönünde tercih yapılmıştır.

<sup>81</sup> Danıştay İDDGK, 25/296, 03.06.1994, DD (1996) (90) 131.

Mahkemeye bildirim yapılmayan haller ile dosya tekemmül ettikten sonra taraf değişikliğinin gerçekleştiği hallerde de maddi gerçek bizzat mahkeme tarafından araştırılmakta olduğundan bu dönemde tesis edilen usulü işlemlerin hukuka aykırı addedilmesi kanaatimizce idari yargılama hukukumuzda geçerli olan resen araştırma ilkesi gözetildiğinde bir zorunluluk değildir.

2577 sayılı Kanun'un 20. maddesine göre Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Bu kapsamda, gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini, her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir<sup>82</sup>; keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir<sup>83</sup>. Resen araştırma ilkesine göre, davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri ile tarafların hiç değinmediği olayların tespiti görevi hâkime aittir<sup>84</sup>. Hâkim uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptir<sup>85</sup>. İdari yargı mercii, tarafların sunduğu bilgi ve belgelerle bağlı olmadığı gibi, sunulan bilgi ve belgelerin eksik ya da muğlak olduğu gerekçesiyle davayı reddedemez<sup>86</sup>. Ayrıca mahkeme, tarafların hiç ortaya koymadığı olay ve delilleri inceleyebilir<sup>87</sup>.

Buna karşılık resen araştırma ilkesi, esasında adil yargılanma hakkının bir parçası olan hukuki dinlenilme hakkıyla da doğrudan ilintilidir. Şöyle ki, hâkim maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından ilgili herkesi dinleyebilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı uyarınca, yargılama konusu uyuşmazlıktan hukuki durumu etkilenen kişilerin yürütülen yargılama hakkında bilgi sahibi olması, yargı mercilerine delil sunmak suretiyle mahkemeyi etkileyebilmesi, mahkemenin de bu delil ve bilgileri dikkate alarak hüküm kurması gerekmektedir<sup>88</sup>. Bunun için karara dayanak alınacak her belgenin davanın karşı tarafına iletilerek değerlendirme yapılabilmesi için fırsat tanınmalıdır<sup>89</sup>. Bu bakımdan, resen araştırma ilkesi, uyuşmazlıktan hukuki durumu etkilenen kişilerin yargılamanın bütünüyle dışında tutulabilmesini haklılaştırmamaktadır.

Nitekim Danıştay uyuşmazlığın taraflarının bilgisine sunulmamış olan bilgi, belge ve delillere dayanılarak hüküm kurulmasını, hukuki dinlenilme hakkına aykırı bularak

<sup>82</sup> Danıştay 3. D, 2011/2014, 27.09.2005, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>83</sup> Danıştay 3. D, 3460/3569, 25.12.1990, DD (1992) (82-83) 264.

<sup>84</sup> Danıştay 12. D, 3802/419, 02.02.2010, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>85</sup> Danıştay 12. D, 2498/6238, 26.11.2015, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>86</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 43) 97.

<sup>87</sup> Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler* (Seçkin 2019) 126.

<sup>88</sup> Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan 2009) 242.

<sup>89</sup> Danıştay 1DDK, 3292/1633, 12.06.2008, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

bozma sebebi olarak nitelendirmektedir<sup>90</sup>. Yalnızca dilekçe teatisi aşamasında değil; bu aşama tamamlandıktan sonra, hüküm kuruluncaya kadarki tüm usulü işlemlerin karşı tarafa tebliği adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Öyle ki Danıştay, ihbar müessesini incelediği bir kararında, yargılamanın sonucundan etkilenecek üçüncü kişilere dava ihbar edilerek, bu kişilere katılma, iddia ve savunmalarını yapma fırsatı tanınmaksızın hüküm kurulmasını bozma sebebi olarak nitelendirmiştir<sup>92</sup>. Danıştay'ın hukuki dinlenilme hakkını yalnızca taraf değişikliğinde değil; benzer diğer ihtimallerde de ön planda tuttuğu ortadadır.

Öğretide *Topuz ve Özkaya* ise, davanın tarafının kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesi üzerine dosyanın işlem den kaldırılması bakımından, yargılama sürecinin ikiye ayrılması suretiyle karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, dava açılıp tebligat işlemleri tamamlandıktan sonra karar safhasına gelen dosyalarda, mahkemenin, tarafların kişilik veya niteliğinde bir değişiklik olup olmadığını tespit için herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Bu aşamada mahkeme doğrudan esas hakkında karar verebilecektir. Buna karşılık, tebligat aşamasının tamamlanmaması sebebiyle henüz tekemmül etmemiş dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilecektir<sup>93</sup>.

Kanaatimizce Danıştay'ın mevcut uygulamasının arkasında, Kanun'un 26. maddesinin daha ziyade tam yargı davalarında uygulama bulması yatmaktadır. Her ne kadar 2577 sayılı Kanun'da bu izlenimi yaratan bir hüküm bulunmasa da<sup>94</sup>, tam yargı davalarında resen araştırma ilkesi iptal davalarındaki kadar yoğun işletilmemektedir<sup>95</sup>.

Diğer yandan, mahkeme tarafından kendiliğinden ya da bozma kararı üzerine dosya işlem den kaldırıldıktan sonra yargılamanın ne şekilde cereyan edeceği kanunda öngörülmemiştir. Bu belirsizlik, yargılama usulüne yönelik bir dizi soruyu da beraberinde getirmektedir. Söz gelimi, dilekçe teatisi tamamlandıktan sonra tarafın kişilik veya niteliğinde değişiklik olması sebebiyle dosyanın işlem den kaldırılması halinde davayı takip hakkı kendisine geçene iddia ve savunmalarını vermesi için bir süre verilip verilmeyeceği; duruşma yapıldıktan sonra davanın tarafının kişilik veya niteliğinin değişmesi ihtimalinde davayı takip hakkı kendisine geçen kişi için yeni bir duruşma imkânı tanınıp tanınmayacağı hususları açık değildir. Yine dosyada yer alan bilirkişi, keşif gibi deliller bakımından davayı takip yetkisi geçen kişinin itiraz hakkının doğup doğmayacağı da belirsizdir.

<sup>90</sup> Danıştay VDDK, 880/9, 22.01.2010, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>91</sup> Danıştay 5. D, 4089/8104, 20.10.2015, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>92</sup> Danıştay 6. D, 915/2524, 12.04.2017, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>93</sup> Topuz ve Özkaya (n 4) 549.

<sup>94</sup> Danıştay 8. D, 12413/3055, 18.04.2017, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.06.2023.

<sup>95</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 43) 98; Türkoğlu Üstün (87) 164.

Yargılama usulü kurallarının şekli niteliği ve dar yorumlanması ilkesi doğrultusunda, davayı takip yetkisi kendisine geçen kişinin, değişiklik gerçekleştiği anda davanın tarafının sahip olduğu hak ve yetkileri haiz olduğunun kabulü gerekecektir. Bu yaklaşımdan hareketle, taraf değişikliğinin dilekçe teatisi sona erdikten sonra gerçekleşmesi durumunda yeni bir dilekçe teatisinin başlamayacağını ve fakat resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda tarafların hüküm verilme anına kadar yeni delil ve belgeleri mahkemeye sunabilmekte olması sebebiyle, davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesinin ve delil ikame edebilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir. Taraf değişikliğinin dilekçe teatisi tamamlanmadan önce gerçekleşmesi durumunda ise, dilekçe teatisinin kaldığı yerden işletilmesi gerekecektir. Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'da birden fazla defa duruşma yapılmasının açıkça önünü kapatan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun'un 19. maddesinde, duruşma yapıldıktan sonra en geç on beş gün içerisinde karar verilmesinin düzenlendiği dikkate alındığında, birden fazla duruşma yapılmasının öngörülmediği düşünülmektedir<sup>96</sup>. Uygulamada da her bir yargılama bakımından tek bir defa duruşma yapılmaktadır.

Kanunun lafzi yorumundan yukarıdaki sonuçlara varılsa da gerek idari yargılama usulü kurallarının şekilci yorumlanmamasına yönelik içtihat<sup>97</sup> ve gerek Kanun'un 26. maddesinin amaçsal yorumundan hareketle, davayı takip hakkı kendisine geçen hukuki dinlenilme hakkının tam ve eksiksiz şekilde sağlanmasına yönelik olarak -her ne kadar usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmasa da- tüm yargılama usulü işlemlerinin yenilenmesi de bir çözüm olarak ileri sürülebilecektir. Bu ihtimalde yargılama baştan itibaren tekrarlanarak yeniden hüküm kurulacaktır. Bu yorum, maddi gerçek araştırılarak ilgililerin zararının ortadan kaldırılması amacına özgü subjektif nitelikli bir dava türü olan tam yargı davaları bakımından daha isabetli olacaktır. Buna karşılık, objektif bir dava türü olan ve maddi gerçeğin araştırılmasında mahkemenin tam yargı davalarına nazaran daha aktif bir rol üstlendiği iptal davalarında, yukarıda da belirtildiği üzere, usul ekonomisi sağlanarak yargılamanın en hızlı şekilde sonuçlandırılması hukuki belirlilik bakımından daha isabetli bir çözüm olacaktır. Dolayısıyla konunun ikili bir ayırım yapılmak suretiyle ele alınmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

## ii. Usulü İşlemlerin Hükümsüz Hale Getirilebilirliği

TMK'da öngörülen usule göre, kısıtlanma sebebinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşme sebebinin idare, mahkeme ya da ilgililerce vesayet makamına bildirilmesiyle değil; vesayet makamının kararı ile kişi kısıtlı hale gelmektedir. Dava devam ederken davacının ayırt etme gücünü kaybettiği ve durumun tıbbi

<sup>96</sup> Aynı yönde Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (43) 444.

<sup>97</sup> *Mesutoğlu v Türkiye*, 36533/04 (AİHM 14.10.2008), <www.hudoc.echr.coe.int> Erişim Tarihi 18.06.2023. Aynı yönde Danıştay kararı için bkz Danıştay 6. D, 4525/4622, 27.09.2012, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18.06.2023.

raporla ortaya konulduğu ve fakat vesayet makamı tarafından davacı hakkında henüz kısıtlama kararı verilmediği dönem içerisinde mahkemenin yargılama işlemleri gerçekleştirip gerçekleştirilmemesi bakımından Danıştay uygulaması, kanun metninin lafzından farklılaşmıştır.

TMK'nın 405 ve 409. maddeleri uyarınca ayırt etme gücünü kaybeden kişi kendiliğinden kısıtlanmamakta; mutlaka mahkeme kararı alınması gerekmektedir. Danıştay ise, davacının ayırt etme gücünü kaybettiğinin anlaşılması durumunda, kısıtlama kararı beklenilmeksizin, mahkemenin dosyadan resen el çekmesi gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır.

Benzer şekilde, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan kişiler de kendiliğinden kısıtlanmamakta, vesayet makamınca kendisine vasi atanması gerekmektedir. Buna karşılık Danıştay, *“E Tipi Kapalı Cezaevinde hükümlü bulunduğu, bu haliyle işlem ve dava ehliyeti bulunmayan davacının ... vasi tayin edilmeden verdiği vekaletname ile avukat aracılığıyla açtığı davada, Mahkemece sulh hukuk mahkemesine durumun yazıyla bildirilmesi, vasi atanması prosedürünün tamamlanmasına kadar 6100 sayılı hukuk Muhakemeleri Kanununun 56. maddesi uyarınca yargılamanın ertelenerek sonucun beklenmesi, vasi tayin edildikten sonra da vesayet makamından alınan izin doğrultusunda yargılamaya devam edilip edilmeyeceği hususunda vasiden icazet alınması gerektiği”* yönünde hüküm kurmuştur<sup>98</sup>. Başka bir kararında da Danıştay, hakkında kısıtlama kararı verilmesini gerektiren bir sebep bulunan ve fakat kısıtlanmayan kişiler hakkında dosyanın işleminden kaldırılmayarak hüküm kurulmasını bozma sebebi olarak nitelendirmiştir<sup>99</sup>.

Benzer bir durumun, TMK madde 406 uyarınca savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle hakkında kısıtlama başvurusu yapılan ya da TMK madde 408 uyarınca kendi isteğiyle kısıtlama talebinde bulunan ve fakat henüz hakkında kısıtlama kararı alınmamış davacılar bakımından da oluşması mümkündür.

İçtihattan anlaşıldığı üzere Danıştay, kısıtlılık sebebinin somut olayda oluştuğu durumlarda kısıtlılık kararı varmışçasına hareket etmektedir. Davanın tarafında hukuki yönden henüz değişiklik olmamasına rağmen, bu değişiklik gerçekleşmişçesine dosyanın işleminden kaldırılması yönünde tutum sergilemektedir. Bu ihtimalde mahkemenin dosyadan el çekmesi; ehliyet değişikliği bakımından doğrudan kendisinin hüküm kurması yahut süre vererek kısıtlama kararı verilmek üzere dosyayı sulh hukuk mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmektedir. TMK'nın lafzına uygun olan aksi yöndeki tutum bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

<sup>98</sup> Danıştay 7. D, 1090/5079, 19.11.2018 in Eraslan (n 5) 61. Aynı yöndeki başka bir karar için bkz Danıştay 12. D, 5959/5210, 10.09.2012, yayınlanmamıştır.

<sup>99</sup> Danıştay 12. D, 7824/4771, 11.10.2017, in Eraslan (n 5) 62.

Dava ehliyetinin sınırlanmasını gerektiren sebebin gerçekleşmesi ve fakat henüz kısıtlılık veya dava ehliyetinin sınırlanması kararının alınmamış olması ihtimalinde yargılamanın devamı, usulü işlemlerin tarafın hukuken mevcut olduğu, fiili anlamda ise yokluğunda tesis edilmesi gibi çelişmeli yargılama ve hukuki dinlenilme hakları yönünden tartışma yaratacak bir sonucun ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, -yukarıda da incelendiği üzere- idari yargıda resen araştırma ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesinin sınırlanmasına bir dayanak değil; bu ilkenin tamamlayıcı bir unsurunu oluşturmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi, davanın tarafının karşı tarafça ileri sürülen iddia ve deliller hakkında bilgi sahibi olabilme ve bunlara karşı yorum yapabilme imkanına sahip olmasını gerektirmektedir<sup>100</sup>. Çelişmeli yargılama ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde güvenceye alınan eşitlik ilkesinin yargılama usulündeki görünüm biçimi olan silahların eşitliği ilkesi ile de doğrudan bağlantılıdır<sup>101</sup>. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usulü haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde dile getirme imkanına sahip olmasını gerektirmektedir<sup>102</sup>. Davanın her iki tarafının da iddiasını ileri sürebilmek bakımından eşit fırsatlara sahip olması bu ilkenin bir gereğidir<sup>103</sup>. Yargılamanın tarafının fiili imkansızlıklar sebebiyle mahkeme önünde eksik temsili ya da hiç temsil edilememesi silahların eşitliği ilkesinin ihlaline sebep olacaktır<sup>104</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi özellikle davanın tarafının avukatla temsil edilmediği davalarda ayrı bir ehemmiyet arz etmektedir. Nitekim davanın tarafının avukatla temsil ediliyor olması durumunda, ölüm halinden farklı olarak, dava ehliyetinin sınırlanması ihtimalinde temsil yetkisi devam etmekte olduğundan hukuki dinlenilme hakkının ya da silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir.

Bu açıklamalar doğrultusunda davanın tarafının davayı fiili anlamda sürdürmek, bu kapsamda iddia ve savunmalarını ileri sürmek ve delil ikamesi yapmak bakımından kısıtlama kararı alınmasını gerektirecek bir güçlük ya da imkânsızlık halinde bulunması, bu durumun mahkemeye bildirilmesi üzerine kısıtlama kararı alınacağı yönünde mahkemece kanaat oluşmasına karşın yargılama usulü işlemlerine devam edilmesi, bu işlemler bakımından itiraz ve savunmaların ileri sürülmesinde eşitliği

<sup>100</sup> *Wynen and Centre Hospitalier Interrégional Eduth-Cavell v Belçika*, 32576/96 (AİHM 05.02.2003), <www.hudoc.echr.coe.int> Erişim Tarihi 18.06.2023.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari yargılama hukukuna ilişkin farklı kararlarında çelişmeli yargılama ilkesinin hayata geçirilmesini vurgulamıştır (*Kress v Fransa*, 39594/98 (AİHM 07.06.2001); *Meral v Türkiye*, 33446/02, (AİHM 27.11.2007), <www.hudoc.echr.coe.int> Erişim Tarihi 18.06.2023.).

<sup>101</sup> Türkoğlu Üstün (n 87) 115; Yılmaz Özel (n 29) 287.

<sup>102</sup> Anayasa Mahkemesi, *Bülent Karataş Başvurusu*, 2013/6428, 26.06.2014, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 18.06.2023.

<sup>103</sup> Broyelle (n 44) 183; Yılmaz Özel (n 29) 275.

<sup>104</sup> Türkoğlu Üstün (n 87) 116.

bozacaktır<sup>105</sup>. Dolayısıyla, mahkemenin durumdan haberdar olması üzerine usulü işlem yapmamasının daha isabetli olacağı açıktır.

Mahkemenin durumdan haberdar edilmemesi halinde usulü işlemlerin yine de hükümsüz kılınmasının ise, özellikle akıl hastalığı veya zayıflığı, kişinin savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi sebebiyle kısıtlama kararı alınan haller ile kişiye yasal temsilci veya kayyum atandığı hallerde kötüye kullanılmaya elverişli olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık, kişinin özgürlüğü bağlayıcı ceza alması ya da ayırt etme gücünü kaybettiğinin resmi sağlık kurumu raporuyla ispatlanmasının dava ehliyetinin ortadan kalktığını somut bir şekilde yansıtması sebebiyle, durumdan mahkemenin haberdar edilmemesi halinde dahi, yapılmış olan yargılama usulü işlemlerinin geçerli kabul edilmesi silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce bu hallerde, TMK'nın lafzıyla açıkça çelişkili olan mevcut uygulama yerine, bekletici mesele yapılmak suretiyle yargılama usulü işlemlerine ara verilmesi; adli yargı mercileri tarafından tesis edilen kısıtlılık ya da dava ehliyetinin sınırlandırılması kararının mahkemeye bildirimini takiben dosyanın işleminden kaldırılması hukuken daha isabetli olacaktır. Bu sayede, çelişmeli yargılama ilkesine yönelik endişeler giderilirken, yargılama usulü kurallarının da dışına çıkılmamış olacaktır.

## 2. Yargılama Usulü İşlemlerinin Hükümsüz Kalamamasından Kaynaklanan Sorunlar

Davanın tarafının kişilik veya niteliğinde değişiklik ilk derece aşamasında ya da kanun yolu aşamasında meydana gelebilmektedir. Böyle bir durumda dosyanın işleminden kaldırılması kararı vermeyerek mahkemece usulü işlemler tesis edilmesi veya hüküm kurulması, istinaf incelemesinde kaldırma; temyiz incelemesinde ise bozma sebebi oluşturacaktır. Taraf değişikliğinin temyiz aşamasında gerçekleşmesi durumunda ise Danıştay temyiz incelemesini durdurarak dosyayı işleminden kaldırılmak üzere kararı temyiz edilen mahkemeye göndermektedir.

Yukarıda farklı ihtimaller halinde incelendiği üzere, mahkemenin durumdan haberdar olmaması yahut davacı hakkında ölüm karinesi veya gaiplik kararının kanun yoluna başvuru süreleri dolduktan ya da yargılama kesinleştikten sonra verilmesi durumunda, esasında tarafların birinin yokluğunda kesin hüküm kurulmuş olmaktadır.

<sup>105</sup> Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da, "Adil yargılanma hakkının ulusüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "silahların eşitliği" ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi varlığını gerekli kılmaktadır." ifadeleriyle vurgulanmıştır (Anayasa Mahkemesi, 216/120, 02.12.2004, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 20.06.2023.). Aynı yönde karar için bkz Anayasa Mahkemesi 54/142, 29.12.2011, <www.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 20.06.2023.

Söz gelimi, ilk derece yargılaması sırasında davacının ölmesi ve durumdan haberdar olmayan mahkeme tarafından hüküm kurulması, süresi içerisinde kanun yoluna başvurulmaması sebebiyle kararın kesinleşmesi; yahut yargılama sonucunda davanın kabul edilmesi ihtimalinde, idare tarafından istinaf yoluna başvurulması, pasif taraf olan ölen davacının MERSİS adresine tebligat yapılması suretiyle dosyanın tekemmül etmesi ve başvurunun reddi kararı verilmesi üzerine, bu sefer idare tarafından temyiz yoluna başvurularak davacının yokluğunda kararın kesinleşmesi mümkün olabilmektedir. Her iki ihtimalde de taraf yokluğunda yargılama usulü işlemleri yapılmış ve şekli anlamda kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmaktadır.

Karar kesinleştikten sonra davayı takip yetkisi kendisine geçenlerce yapılan kanun yolu başvurusu ise ilk inceleme aşamasında reddedilecektir. Benzer şekilde, yargılama sona erdikten ve karar kesinleştikten sonra alınan ölüm karinesi ya da gaiplik kararı bakımından da başvurulabilecek bir kanun yolu bulunmamaktadır. Söz konusu ihtimalle özellikle davanın tarafından uzun bir süre boyunca haber alınamaması sebebiyle gaiplik kararı alınması durumunda karşılaşılabilecektir. TMK madde 32'ye göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren bir yıllık; uzun zamandan beri haber alınamayan kişiler bakımından ise son görülme tarihinden itibaren beş yıllık süre dolduktan sonra gaiplik kararı alınabilmektedir. Halihazırdaki ortalama yargılama süreleri dikkate alındığında, yargılamanın bir yıllık süre içerisinde kesinleşmesi ender rastlanabilecek bir ihtimal olsa da davanın tarafının son görülme tarihinden itibaren beş yıllık süre içerisinde yargılamanın sonuçlandırılması ve kararın kesinleşmesi mümkündür. Bu ihtimalde yargılamanın tarafı hakkında gaiplik kararına davanın kesinleşmesinden sonra hükmolunduğundan, gerek usulü işlemler ve gerek kesinleşen hüküm bakımından başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır.

Hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı sayıda olup 2577 sayılı Kanun'un 53. maddesinde sıralanmıştır<sup>106</sup>. Taraf yokluğunda hüküm kurulması, yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer almamakta olduğundan, Kanun'un lafzi yorumunda bu yola başvurulmasının mümkün olmadığı savunulabilir. Dolayısıyla bu ihtimalde, dava takip yetkisini kullanmak isteyen ilgililerin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliğine aykırı bir şekilde hüküm kurulmuş olduğu iddiasıyla ancak Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yapabileme imkânı olacaktır.

Buna karşılık, 2577 sayılı Kanun'un 53/1-f bendinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak öngörülen, “*vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması*” halinin amaçsal bir yorumla genişletilerek davanın tarafının “*yargılamada temsil edilmemiş olması*” şeklinde okunması durumunda, davanın tarafının yokluğunda yargılama usulü işlemleri yapılması ya da

<sup>106</sup> Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sınırlılığına yönelik değerlendirmeler için bkz Çağla Tansuğ, *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Beta 2016) 24.



hüküm kurulmasının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulü mümkündür. Öğretide *Tansuğ*, Kanun'un 53/1-f bendinde yer alan durumun, davanın bir tarafının kanunlara uygun bir şekilde temsil edilememiş olması şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, davanın taraflarından birinin dava devam ederken dava ehliyetini kaybetmesi ve ehliyeti kaybettiği zamandan itibaren kanuni temsilcisi ile temsil edilmemesi halinde, verilen kararın kesinleşmesi durumunda bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabileceğini savunmaktadır<sup>107</sup>.

## II. Dosyanın İşlemden Kaldırılmaması İhtimaline Yönelik Değerlendirmeler

Dosyanın işlemden kaldırılması, yargılamayı sona erdirmeyen, takip yetkisi kendisine geçenlerin iddia ve savunmalarını ileri sürmelerine imkân tanıyan bir karardır. Buna karşılık, bazı hallerde taraf değişikliği dilekçenin iptaline yol açmakta, dosyanın işlemden kaldırılması usulünün işletilememesi sebebiyle ilgililerin hak ve menfaatleri korunamamaktadır.

### A. Dilekçenin İptal Edilmesi Kararının Yarattığı Hukuki Sonuçlar

Davanın konusunun yalnız öleni ilgilendirdiği haller dilekçenin iptali kararı verilmesinin en bilinen sebebinin oluşturmaktadır. Vurgulamakta fayda bulunmaktadır ki, dilekçenin iptali ancak davanın tarafının ölümü ya da tüzel kişiliğin sona ermesi ihtimalinde mümkündür. Dava konusunun yalnız öleni ilgilendiren bir hal olup olmadığı yargılamayı yapan mahkemece değerlendirilmektedir. Ancak bu hallerin kapsamının belirlenmesine dair içtihat (1) özellikle iptal davalarının amaç ve sonuçları bakımından bazı sorunları beraberinde getirmektedir (2)<sup>108</sup>.

### 1. Belirsiz Bir Kavram Olarak “Yalnız Öleni İlgilendiren” Davaların Kapsamı

Davacı gerçek kişinin ölümü durumunda, dosyanın işlemden mi kaldırılacağı yoksa, dava dilekçesinin iptal mi edileceğinin tespitinde kullanılan ölçüt, kanuni düzenlemenin ikinci fıkrasında geçen “yalnız öleni ilgilendiren” dava olma kriteridir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanun'da her ne kadar “öleni” ilgilendiren ifadesi

<sup>107</sup> Tansuğ (n 106) 63.

<sup>108</sup> İdari yargıda dilekçenin iptaline yol açan ve öğretide *Çalışkan'ın* isabetle vurguladığı bir diğer ihtimal de, kanun yolu aşamasında pasif konumda olan davacının mirasçılarının mirası reddetmeleri halidir (Çalışkan (n 5) 96.). İlk derece yargılamasında aleyhine hüküm kurulan idarenin kanun yoluna başvurusu ve kanun yolu incelemesi sırasında davacının hayatını kaybetmesi üzerine mirasçılarının mirası reddetmeleri durumunda idarenin takibi yenileyebileceği bir taraf kalmayacağından kanun yolu dilekçesinin iptaline karar verilecektir (Danıştay 11. D, 10594/4498, 25.07.2011, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 21.06.2023.). Bu durumun ise idarenin kanun yolu başvurusundan yararlanma imkanına önemli bir kısıtlama getireceği ortadadır.

Bunun yanında, tüzel kişiliğin KHK gereğince sona ermesi durumunda, davayı takip edecek ilgilinin KHK'da ayrıca düzenlenmesi durumunda dilekçenin iptaline karar verilmektedir (Samsun BİM 1. VDD, 272/248, 22.11.2016, yayınlanmamıştır.).

kullanılarak gerçek kişilerin davanın tarafı olduğu uyuşmazlıklara yönelik bir düzenleme yapılmış gözükse de söz konusu hüküm tüzel kişilerin hukuk düzeninden kalkması durumunda da uygulama bulmaktadır<sup>109</sup>.

Yalnızca öleni ilgilendiren davaların kapsamı kanun metninde düzenlenmemiştir. Bu kapsamdaki davaların belirlenmesinde davanın türü önemli bir ölçüttür.

### a. Berrak Alan

İYUK madde 2 uyarınca tam yargı davaları, idari işlem veya eylemler sebebiyle hakları ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. İhlale konu olan hakların, davacının ölümü halinde mirasçuya geçmesi esas olduğundan, tam yargı davası açıldıktan sonra davacının ölmesi durumunda mirasçılar tarafından takibin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Mirasçılar hem maddi hem de manevi tazminat davasını devam ettirebilmektedir.

Danıştay bir kararında bu hususu, “...yalnızca öleni ilgilendiren davalara ilişkin dilekçelerin iptal edileceğine ilişkin kural, menfaat ihlaline dayalı olarak açılan davalarda uygulanacak bir kural olup, hak ihlaline dayalı olarak açılan tam yargı davalarında uygulama olanağı bulunmamaktadır.” ifadeleriyle açıkça ortaya koymuştur<sup>110</sup>. Benzer şekilde, hâkim kararı olmaksızın evinin araması sebebiyle uğranılan manevi zararın<sup>111</sup>, tedavi masraflarının<sup>112</sup>, uzuv ve işgücü kaybı sebebiyle uğranılan zararın<sup>113</sup>, taşınmazda idarenin eylemi sonucunda meydana gelen zararın<sup>114</sup>, davacının mülkiyetindeki yapının yıkımı sebebiyle oluşan zararın<sup>115</sup> tazmini davalarının mirasçılar tarafından takip edilebileceği kabul edilmiştir. Mirasçılara devredilemeyen bazı haklara ilişkin davaların da ölümden önce açılmış olması durumunda ölen davacının malvarlığı haline geldiği; mirasçılar tarafından

<sup>109</sup> Danıştay 10. D. 6555/1252, 04.02.2021; Danıştay 8. D. 920/6608, 04.07.2019; Danıştay 12. D. 11507/9131, 27.12.2018; Danıştay 8. D. 14179/3258, 12.06.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 21.06.2023. Aksi yönde Danıştay 13. D. 3981/1202, 15.10.2019, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 21.06.2023; İzmir BİM 5. İDD, 2838/2637, 12.12.2017, yayınlanmamıştır. Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz Özgen (n 3) 1036.

<sup>110</sup> Danıştay 10. D. 6540/4237, 19.09.2007, DD(2008)(118)327. Maddi tazminat taleplerinin mirasçılar tarafından takip edilmesine yönelik diğer kararlar için bkz Danıştay 10. D. 6054/7493, 06.11.2019; Danıştay 10. D. 215/833, 15.02.2017; Danıştay 6. D. 8874/79, 14.01.2014, yayınlanmamıştır. Manevi tazminat taleplerinin mirasçılar tarafından takip edilmesine yönelik diğer kararlar için bkz Danıştay 10. D. 749/4115, 16.10.2017; Danıştay İDDK, 2068/193, 08.02.2016, yayınlanmamıştır.

<sup>111</sup> Danıştay 10. D. 749/4115, 16.10.2017, yayınlanmamıştır; Danıştay 12. D. 2395/842, 22.03.1977, DD (1978) (28-29) 669.

<sup>112</sup> Danıştay 5. D. 1966/5448, 31.10.1966, DKD (1967) (107-110) 275.

<sup>113</sup> Danıştay 10. D. 7766/608, 11.02.1998 in Bal, Karabulut ve Şahin (n14) 758.

<sup>114</sup> Danıştay 10. D. 7216/1948, 22.05.2001 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 757.

<sup>115</sup> Danıştay 6. D. 1605/56, 19.01.1988, DD (1989) (72-73) 377.

yürütülebileceği kabul edilmektedir<sup>116</sup>. İdari sözleşmelere ilişkin tam yargı davalarının da mirasçılar tarafından takibi mümkündür<sup>117</sup>.

Bunun yanında, vergi cezalarına ilişkin olanlar dışında kalan vergi davaları doğrudan ya da dolaylı olarak tereke üzerinde mali yükümlülük, hak ve borç yaratmakta olduğundan mirasçıları etkilediği kabul edilmektedir<sup>118</sup>. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 372. maddesi uyarınca, vergi cezaları ölüm halinde düşmekte olduğundan vergi cezalarına ilişkin davaların mirasçılarca takibi mümkün olmayacaktır<sup>119</sup>. Ölen davacının devredilebilen hakları mirasçılara geçmekte olduğundan, mirasçılar görülmekte olan davalara taraf olabilmektedir.

İptal davaları alanında ise, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca idari para cezasına yönelik davaların mirasçılar tarafından takip edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>120</sup>. Buna karşılık, idari para cezasının yanında tedbir kararı da verilmiş olması durumunda mirasçıların menfaatinin bulunduğu kabul edilmiştir<sup>121</sup>. Bunun

<sup>116</sup> Danıştay 10. D. 7336/2700, 18.06.1998, DD (1999) (98) 554; Danıştay 12. D. 2395/842, 22.03.1977, DD (1978) (28-29) 668. Nitekim mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöneydi: "Açıklanan nedenlerle, emeklilik, sicil, nasip, terfi, istiklal madalyası ve benzeri işlemlerle ilgili olarak açılan iptal davalarının karara bağlanmasından önce, davacının ölümü halinde işlemlerin iptali, mirasçılara maddi olarak sağlayacak nev'iden ise, davayı takip hakkının mirasçılara geçeceği kabul ile bunların mirasçılara kadar dosyaların işleminden kaldırılmasına ..." karar vermiştir (AYİM, 1/1, 07.02.1977, RG 30.03.1977/15894.).

<sup>117</sup> Yenice ve Esin (n 4) 564; Eraslan (n 5) 35.

<sup>118</sup> Candan (n 3) 659. Bu yöndeki Danıştay kararı için: "Miras bırakan adına yapılan ve dava konusu edilen vergilendirmeye karşı açılan davalarda gerçek kişi olan davacının ölümü nedeniyle davayı takip hakkı, mirası reddetmemiş kanuni veya mansup mirasçılara geçecek nitelik taşımaktadır. Davacının ölümü nedeniyle vekaletin sona erdiğine ilişkin bildirim karşın, 2577 sayılı Yasanın 26'ncı maddesi uyarınca dosya işleminden kaldırılarak vergi idaresinin mirasçılara karşı takibi yenilemesi sağlanmadan ısrar kararı verilmesi yargılama hukukuna uygun düşmemiştir." (Danıştay VDDK, 511/129, 26.03.2010, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 31.08.2023.)

Nitekim, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılara geçer. Ancak, mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olurlar. Keza, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre de borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik edilir. Borçlunun ölümünden evvel başlamış olan muamelelere devam olunur. Danıştay da ödeme emrine karşı açılan dava devam ederken davacının ölümü durumunda, dava takip hakkının mirasçılara geçeceğini, mirasçılar aleyhine takip yenilenene kadar dosyanın işleminden kaldırılacağını bir kararında açıkça ortaya koymuştur: "davacı durumundaki gerçek kişilerin ölmesi halinde davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar dava dosyasının işleminden kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir. Davacının ölümü üzerine davayı takip hakkı mirasçılara geçmiş ise davanın mirasçılar tarafından takibi gerekecektir. İdarenin davacı, gerçek kişinin davalı durumunda bulunması halinde, dava devam ederken davalı durumunda bulunan kişi öldüğünde ise idarenin mirasçıları tesbit edip davayı mirasçılar yönünden yenilediğine dair dilekçe vermesine kadar dava dosyasının işleminden kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir. / Yukarıda açıkladığım karşısında tarhiyata karşı açılan dava devam ederken yükümlünün ölmesi üzerine vergi mahkemesince, davayı takip hakkı kendisine geçen başvurmasına kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen mirasçılardan olan davacı ...dilekçesi ile işleminden kaldırılan dosyanın esas ve karar numaralarını da belirterek ölüm nedeniyle işleminden kaldıran dava dosyasının kanun hükmüne uygun olarak işleme konulmasını istediğinden, işleminden kaldırılan dava dosyası ile irtibatlandırılarak karar verilmesi gerekirken ödeme emrinin iptali talebine yönelik olarak kabul edilerek karar verilmesinde isabet görülmemiştir." (Danıştay 3. D. 3047/4082, 30.11.1994, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 31.08.2023.)

<sup>119</sup> Gaziantep BİM 2. VDD, 25/1630, 22.12.2020, yayınlanmamıştır.

<sup>120</sup> Danıştay 13. D. 1173/3601, 13.11.2019; Danıştay 14. D. 3788/6140, 20.06.2019; Danıştay 13. D. 1199/4498, 10.12.2015; Danıştay 6. D. 925/502, 18.03.1985, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.08.2023; Danıştay 6. D. 1865/1034, 12.03.1973 DD, (1974) (12-13) 271. Aksi yönde karar için bkz Danıştay 15. D. 420/2663, 15.03.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.08.2023.

<sup>121</sup> İdari para cezası ile başka bir idari tedbirin birlikte uygulandığı hallerde, Danıştay ağırlıklı içtihadında idari para cezası bakımından dilekçenin iptaline, diğer tedbir bakımından ise dosyanın işleminden kaldırılmasına karar vermektedir (Danıştay 6. D. 18682/1539, 09.02.2021; Danıştay 14. D. 6020/6346, 08.11.2016, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.08.2023.). Ancak Danıştay'ın davaların bölünemeyeceği yönünde kararları da bulunmaktadır (Danıştay 5. D. 5192/6022, 09.11.2009, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.08.2023.).

yanında Danıştay, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması durumunda, iptal davasının konusunun “*yalnızca öleni ilgilendiren*” bir hal olarak nitelendirilebiliyor olması durumunda dahi mirasçılardan davayı takip yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir<sup>122</sup>.

## b. Gri Alan

Belirtmek gerekir ki, iptal davaları bakımından belirsizliğin giderilmesi güçlük arz etmektedir. İptal davalarından bazılarının konusu salt öleni ilgilendirmekte olup, davanın devamında mirasçılardan kişisel menfaati bulunmamaktadır. Bu ihtimalde mirasçılardan takip yetkisi bulunmadığından dava sona erecektir. Buna karşılık, iptal davasına konu menfaat ihlali bazı hallerde ölenin mirasçıları üzerinde de sonuç yaratabilmektedir. Bu durumda, davayı takip hakkı mirasçı veya terekeye geçmektedir.

Münhasıran ölenin şahsına sıkı sıkıya bağlı, başkalarına devir ve temlik ya da miras yoluyla itikali mümkün olmayan davalar yalnız öleni ilgilendiren dava olarak nitelendirilmektedir<sup>123</sup>. İptal davalarında “*yalnız öleni ilgilendirme*” koşulu incelenirken mirasçılardan söz konusu davayı doğrudan kendilerinin açmalarının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir<sup>124</sup>. Davacının ölümünün, yargılama sonucunda verilecek kararın icra edilmesini engellemesi durumunda yalnızca öleni ilgilendiren davadan söz edilebilecektir<sup>125</sup>. Aksi durumda, mirasçılardan davayı takip etmesi mümkündür<sup>126</sup>. *Günday*’a göre ise, dava konusu işlemin iptali üzerine terekeye geçebilecek haklar doğacak ya da dava konusu işlem terekeye geçebilecek borçlara da ilişkinse yahut iptal davasına konu işlem hakkında verilecek karar, daha sonradan mirasçılardan tarafından açılacak tam yargı davasının esasını etkileyebilecek nitelikte ise takip hakkı mirasçıya geçmektedir<sup>127</sup>. Buna karşılık, iptal davasına konu edilen işlemin doğurduğu ya da doğuracağı sonuçların terekeyi veya

<sup>122</sup> “*bir derece verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle doğan zararın tazmini istemiyle açılan davada verilecek karar, davacının mirasçılarını ilgilendirdiğinden, yukarıda anılan 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca karar verilmesi gerektiği açık olup*” (Danıştay 12. D. 6327/1072, 14.05.1997, DD (1998) (94) 790.) Aksi yönde karar için bkz Danıştay 15. D. 9103/6772, 09.10.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 31.08.2023.

<sup>123</sup> Yıldırım ve Üstün (n 8) 385; Özgen (n 3) 1022.

<sup>124</sup> Çalışkan (n 5) 37.

<sup>125</sup> Bu yönde değerlendirme yapılan Danıştay kararı için bkz Danıştay 10. D. 3864/2572, 15.05.1996 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 761. Kararın azınlık oyunda ise iptal davalarının objektif niteliğine vurgu yapılarak bu ölçütün uygulanmasının iptal davalarının doğasına aykırı olduğu ortaya konulmuştur: “*Iptal davasının amacı, idarenin hukuk düzenine aykırı işlemlerini ortadan kaldırarak hukuka bağlılığını sağlamaktır. Bu amaca uygun olarak idari yargıda yapılan yargılama üzerine verilen hükümler de idari faaliyetin hukuka uygunluk denetiminin sonucunu ifade etmektedir. İptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanan bu sonuç, varlık nedeni Hukuk devleti ilkesi olan idari yargının işlevi gereğidir. ...davacı Vakıf, üyeliği uygun görülmemiş kişinin ölümü üzerine davadan feragat etmeyip, idari işlemin özellikle yetki yönünden hukuka uygunluğunun denetlenerek işlemin iptalini, bu bağlamda da idarenin vakıfların yönetim organları üzerindeki yetkilerinin belirlenmesi amaçlanmıştır. / Bu itibarla idari yargı yerinin bir işlemin iptali istemiyle açılan davada; iptal davalarının objektif niteliğini ve idari işlemin doğurmuş olabileceği hukuki sonuçları dikkate alarak işlemin tesis edildiği andaki hukuki duruma göre hukuka uygunluk denetimi yapılması gerekmektedir.*”

<sup>126</sup> Yıldırım ve Üstün (n 8) 385.

<sup>127</sup> Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Turhan 2022) 376. Aynı yöndeki öğretilerde başka bir görüş için ayrıca bkz Çalışkan (n 5) 59; Kaya (n 13) 148. Mirasçılardan takip yetkisinin bulunduğu iptal davası örnekleri için bkz Eraslan (n 5) 36.

mirasçılarını etkilememesi, terake üzerinde parasal sonuçlar yaratmaması durumunda mirasçılarının takip hakkı bulunmayacaktır<sup>128</sup>.

Uygulamada ÖSYM tarafından yapılan sınavdaki soruların iptali, sınıfta kalma işleminin iptali<sup>129</sup> için açılan davaların yalnız öleni ilgilendirdiği kabul edildiğinden mirasçılar tarafından takip edilmemektedir<sup>130</sup>. Benzer şekilde, vatandaşlıktan çıkarma kararı hakkında açılan davada, sağ kalan eşin davayı takip yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir<sup>131</sup>. Yine, yaşlılık aidatı bağlanması<sup>132</sup>, basın kartı<sup>133</sup>, silah ruhsatı alma başvurusunun<sup>134</sup> reddi işlemine karşı açılan davaların yalnızca öleni ilgilendirdiği kabul edilmiştir.

Danıştay içtihadında parasal sonuçlar yaratan, “*maddi hakları ilgilendiren*”<sup>135</sup> başvuruların reddine yönelik işlemlerin yalnızca öleni ilgilendirmedeği, davayı takip yetkisinin mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Söz gelimi, tedavi masraflarının ödenmesi talebinin reddine<sup>137</sup>, davacıya ait konutun hasarlı olduğunun tespitine<sup>138</sup> ilişkin işlemin mirasçılar tarafından takibinin mümkün olduğuna karar verilmiştir. Bazı kararlarda ise gelecekte yaratacağı parasal sonuçları itibarıyla dolaylı olarak mirasçılarını etkileyecek olan işlemlerin mirasçılar tarafından takibinin mümkün olduğu kabul edilmiştir<sup>139</sup>. Danıştay bu hususu, “*Davacıların murisi olan ve komiser olarak çalışmakta iken sıkıyönetim komutanının istemi üzerine görevine son verilen ... sıkıyönetimin kalkmasından sonra görevine iade edilmesi için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmış; ancak dava devam ederken ölmesi üzerine mirasçılarını davacı takip edeceklerini dilekçeyle mahkemeye bildirmişlerdir. (...) Uyuşmazlığa yol açan işlemin niteliği ile dayandığı nedenler ve 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi karşısında davacıların miras bırakanlarının (murislerinin) açmış olduğu iptal davasının, ortaya koyacağı hukuki sonuçlar nedeniyle, yalnızca öleni ilgilendirdiğinden söz edilemeyeceği açıktır. ...davacıların bu davayı takip etmekte maddi açıdan da yakın menfaat ilişkilerinin bulunduğu kuşkusuzdur.*” ifadeleriyle

<sup>128</sup> Yenice ve Esin (n 4) 564; Özgen (n 3) 1023.

<sup>129</sup> Danıştay DDK, 1882/742, 08.10.1965 in Gözübüyük ve Dinçer (n 21) 671.

<sup>130</sup> Danıştay 2. D, 3282/8275, 22.10.2015, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 28.08.2023.

<sup>131</sup> Danıştay 10. D, 1906/769, 14.04.1987; Danıştay DDGK, 132/61, 14.05.1948, DKD (1948) (40) 40.

<sup>132</sup> Danıştay 10. D, 1466/364, 10.03.1982, yayınlanmamıştır.

<sup>133</sup> Danıştay 10. D, 9461/6773, 17.12.1998, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 28.08.2023.

<sup>134</sup> Danıştay 10. D, 7139/5605, 09.11.2000 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 755.

<sup>135</sup> Danıştay 5. D, 4161/3932, 18.12.1996 in Topuz ve Özkaya (n 4) 558.

<sup>136</sup> Danıştay 10. D, 2/13, 14.01.1998 in Bal, Karabulut ve Şahin (n 14) 759.

<sup>137</sup> Danıştay 5. D, 4356/5448, 31.10.1966, DKD (1967) (107-110) 275.

<sup>138</sup> Danıştay 10. D, 1807/1691, 01.10.1986 in Gözübüyük ve Dinçer (n 21) 669.

<sup>139</sup> Danıştay DDK, 552/535, 15.06.1973, yayınlanmamıştır.

ortaya koymuştur<sup>140</sup>. Belirtmek gerekir ki, Danıştay göreve iade istemiyle açılan iptal davalarında, davacının ölümü durumunda mirasçılardan davayı takip hakkının bulunduğu yönünde hüküm kurmaktadır<sup>141</sup>.

Personel hukukuna ilişkin iptal davalarında Danıştay içtihadı düzensiz bir gelişim sergilemiştir. Atama işleminin iptali istemiyle açılan davanın<sup>142</sup>, memurluk görevine son verilmesine ilişkin davanın yalnızca öleni ilgilendirdiği kabul edilmiştir<sup>143</sup>. Bir uyumsuzlukta Danıştay, belediyede çalışmakta iken görevine son verilen; bu işlemin iptali talebiyle dava açtıktan sonra vefat eden davacı bakımından, dilekçenin iptali yönünde hüküm kurmuştur<sup>144</sup>. Daha yakın tarihli kararlarda ise, görevden alma kararlarının mirasçılardan hukuki durumunu etkilediği anlayışının benimsendiği görülmektedir<sup>145</sup>. Davacıya uyarma cezası verilmesi işleminin iptali davasının mirasçılarca takip edilemeyeceğine hükmedilmiştir<sup>146</sup>. Disiplin cezaları yönünden Danıştay'ın bu yaklaşımının yerleşik hale geldiğini söylemek mümkündür<sup>147</sup>. Benzer şekilde, üçüncü kişilerin kamu görevlisi olarak atanmalarına ya da özlük haklarına ilişkin konularda, kamu görevlilerinin açtıkları davanın mirasçıyı ilgilendirmedeğini ortaya koyan Danıştay, dilekçenin iptaline karar vermiştir<sup>148</sup>.

Buna karşılık, ölen davacının kendisine bir derece verilmesi istemiyle açmış olduğu davanın mirasçılarca takibinin mümkün olduğuna karar verilmiştir<sup>149</sup>. Yine, davacının birinci sınıf hakimliğe ayrılması sonucunu yaratan işlemin iptali istemiyle açılan davanın da mirasçılara intikal edeceği kabul edilmiştir<sup>150</sup>. Başka bir kararında ise Danıştay, sözleşmeli personel olan davacının, sözleşme ücretlerini sınırlandıran genelgenin iptaline ilişkin olarak açmış olduğu davanın mirasçılardan tarafından takibinin mümkün olduğunu ortaya koymuştur<sup>151</sup>. Görüldüğü gibi, personel

<sup>140</sup> Danıştay 5. D, 44971517, 21.05.1992, DD (1993) (86) 297; aynı yönde Danıştay 10. D, 7336/2700, 18.06.1998 DD (1999) (98) 554. Bir başka kararda ise aynı yöndeki çıkarım, “*davacının emekliliğe esas aylığının 1 inci derecenin 4üncü kademesi ve ölümü halinde bağlanacak olan emekli aylığının da bu derece ve kademenin karşılığı 1000 gösterge üzerinden hesaplanacak olması ve bu göstergeye eklenecek ek göstergelerin de emekli aylığı tahsisinde değerlendirilmekte bulunması nedeniyle dul ve yetimlerinin davanın takibinde menfaatlerinin bulunduğu açıktır.*” ifadeleriyle ortaya konulmuştur (Danıştay DDK, 408/18, 02.02.1979, DD (1980) (36-37) 319.).

<sup>141</sup> Danıştay 5. D, 5895/4557, 27.11.2001, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 28.08.2023.

<sup>142</sup> Danıştay İDDK, 1547/2291, 06.10.2005, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 26.08.2023.

<sup>143</sup> Danıştay DDGK, 76/58, 14.05.1948, DKD (1948) (40) 69. Başka bir kararda ise, davacının görevden alınmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptaline ilişkin davanın, ölen davacının mirasçıları tarafından takip edilmesinin mümkün olduğu yönünde hüküm kurulmuştur (Danıştay DDK, 408/18, 02.02.1979, DD (1980) (36-37) 316.).

<sup>144</sup> Danıştay 5. D, 1740/6110, 29.11.1966 in *Yüzyıl Boyunca Danıştay* (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1968) 450.

<sup>145</sup> Danıştay 5. D, 5895/4557, 27.11.2001, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 26.08.2023.

<sup>146</sup> Danıştay DDK, 614/333, 25.03.1973 in Gözübüyük ve Dinçer (n 21) 671.

<sup>147</sup> Danıştay DDGK, 76/58, 14.05.1948, DKD (1948) (40) 69-71. Mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında, “*mirasçılara tasarruf yetkisi tanınmamış bulunan, daha doğrusu terfi ve kademe ilerlemesine esas sayılmayan sicil işlemleri, bir unvan tevcihi, herhangi bir makama atandırılma, manen taltif gibi isteklerin*” dava konusu edildiği uyumsuzluklarda davacının ölümü üzerine dilekçenin reddine karar verilmesine hükmetmiştir (AYİM, 3/3, 07.02.1977, RG 30.03.1977/15894.).

<sup>148</sup> Danıştay 8. D, 5336/2341, 20.05.2004, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 26.08.2023.

<sup>149</sup> Danıştay 12. D, 6327/1072, 14.05.1997, DD (1998) (94) 790.

<sup>150</sup> Danıştay DDK, 522/535, 15.06.1973 in Yenice ve Esin (n 4) 564.

<sup>151</sup> Danıştay İDDGK, 25/296, 03.06.1994, DD (1996) (90) 129.

hukukuna ilişkin davalarda, statü hukukundan doğan aylık, emeklilik gibi mirasçıları ilgilendiren yansımalar dolayısıyla onların menfaatlerini ilgilendiren işlemlerin yalnızca davacıyı ilgilendirmediği, mirasçıların takip yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir<sup>152</sup>.

Son ihtimalde ise, taşınmazların hukuki statüsünü ilgilendiren iptal davalarında Danıştay, taşınmazın miras yoluyla devredilmesinin mümkün olduğundan bahisle, bu davaların mirasçılara intikal edebileceğini kabul etmektedir<sup>153</sup>. Bir kararında Danıştay, TMSF kararının iptali istemiyle dava açıldıktan sonra hisselerin devredilmesi üzerine, hisselerin yeni maliki tarafından davaya devam edilmek üzere dosyanın işleminden kaldırılmasına hükmetmiştir<sup>154</sup>. Tam yargı davaları bakımından ise taşınmazın dava devam ederken el değiştirmesi taraf değişikliğine yol açmamaktadır<sup>155</sup>.

## 2. “Yalnız Öleni İlgilendiren” Davaların Kapsamından Kaynaklanan Sorunlar

Mirasçılar tarafından takibi mümkün olmayan, “yalnız öleni ilgilendiren” davaların belirlenmesindeki Danıştay uygulaması, iptal davası sonucunda verilen karar üzerine İYUK madde 12 anlamında bir tam yargı davası açılmasının mümkün olduğu hallerde dosyanın işleminden kaldırılması; bu karar üzerine tam yargı davası açılacak bir menfaatin bulunmaması, tereke üzerinde malvarlıksal bir sonuç yaratmaması durumunda ise dilekçenin iptal edilmesi sonucuna yol açmaktadır<sup>156</sup>.

Bilindiği gibi iptal davaları, tam yargı davalarından farklı olarak idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hukuk düzeninden kaldırılması, idari faaliyetlerin hukuk sınırları içinde tutulabilmesi amacıyla açılmakta olduğundan, menfaat ihlalinin varlığı iptal davası açılması için yeterlidir. İdarenin işlemi sonucunda herhangi bir hakkı zarara uğramayan ve fakat bu işlemin iptalinde basit bir menfaat bağı bulunan kişiler iptal davası açabilir. Açılmış bulunan iptal davasının davanın tarafının ölümü durumunda devamı bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. Dava konusu menfaat aynı zamanda bir hak ihlali de oluşturmakta ise, hakkın zedelenmesi sonucunda oluşacak zarar mirasçılara da geçeceğinden, bu davaların takibi mümkün olacaktır. Aksi ihtimalde, iptal davasına konu menfaatin bir hakkı muhtel hale getirmemesi durumunda, yargılamanın konusunun yalnız öleni ilgilendirdiği kabul edilecektir. Bu durum, iptal davasına konu menfaatin, davanın ölen tarafının malvarlığı üzerinde de

<sup>152</sup> Kaya (n 13) 152.

<sup>153</sup> Danıştay 6. D. 19947/8390, 16.06.2021; Danıştay 6. D. 15675/6948, 11.07.2019; Danıştay 6. D. 5098/6535, 26.06.2019; Danıştay 13. D. 15990/4801, 13.06.2008, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 23.08.2023.

<sup>154</sup> Danıştay İDDK, 57/1319, 01.10.2021, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 23.08.2023.

<sup>155</sup> Danıştay 6. D. 1577/3691, 07.05.2019; Danıştay 10. D. 1940/2863, 02.10.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 23.08.2023.

<sup>156</sup> Danıştay 8. D. 14710/1720, 04.03.2019; Danıştay 12. D. 5473/1006, 20.03.2006, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 23.08.2023.

etki yaratması ve bu etkinin mirasçılara intikal etmesi ya da doğrudan mirasçılarının malvarlığında eksilme yaratması ihtimallerinde davanın mirasçılar tarafından takip edilebilmesine, bu koşulları sağlamayan iptal davalarının ise konusuna bakılmaksızın dilekçe ret kararı verilerek sonlandırılmasına yol açmaktadır<sup>157</sup>.

İptal davalarının, idari işlemin tarafı olmayan, bu işlemde doğrudan malvarlıksal olarak etkilenmeyen üçüncü kişiler tarafından açılması mümkündür. Söz gelimi, idari işlemler hakkında hemşeri, belde sakini, hizmetten yararlanan ve hatta bazen vatandaş sıfatıyla iptal davası açılabilir. Yine, dernek, vakıf, sendika, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi tüzel kişilerin üyelerine ya da faaliyet alanlarına ilişkin konularda iptal davası açılması mümkündür<sup>158</sup>. Yalnızca örnek olarak sıralanmış bu menfaat gruplarının açtıkları davalara konu edilen işlemler çoğu zaman bu kişiler ya da varsa bunların mirasçıları/hak sahipleri üzerinde malvarlıksal bir azalmaya yol açmamaktadır. Bu menfaat grupları tarafından açılan davaların sürdürülmesinde bazen ölenin mirasçılarının bazen üçüncü kişilerin bazense kamunun menfaati bulunabilmektedir. Bu duruma özellikle genel düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarında daha sık rastlanmaktadır<sup>159</sup>.

Danıştay'ın, dosyanın işlemde kaldırılması suretiyle davanın mirasçılar tarafından sürdürülmesinde kullandığı, tereke üzerinde malvarlıksal etki yaratma ölçütü, hak ihlalinin oluşmadığı, yalnızca menfaat ihlaline dayanılarak açılan iptal davalarının yarıda kalmasına; idarenin hukuka aykırı işlemlerinin hukuk düzeninden kaldırılamamasına sebep olmaktadır<sup>160</sup>. Bu durumun iptal davasının kamu düzenini korumaya yönelik objektif amacıyla bağdaşmadığı ortadadır. Kaldı ki, kanun metninde geçen “*yalnız öleni ilgilendiren dava*” ifadesinin, *mirasçılarının ya da üçüncü kişilerin menfaatini ilgilendirme ya da yalnız ölenin şahsı ile ilgisi kalmayıp varislerin hukukuna da müessir olma* biçiminde okunması da pekâlâ mümkündür. Davanın ölen tarafının yanında, mirasçılarının ya da üçüncü kişilerin salt basit bir menfaat bağı kurabildikleri işlemlerin de “*yalnız öleni ilgilendiren*” dava kategorisinden çıkarılabileceği metnin lafzi yorumuyla mümkündür<sup>161</sup>. Nitekim, Fransız hukukunda salt öleni ilgilendiren davaların kapsamı idari yaptırımlar ile seçim hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlı tutulmuştur<sup>162</sup>. Ancak bu

<sup>157</sup> Aynı yönde Çalışkan (n 5) 31; Özgen (n 3) 1028.

<sup>158</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz Danıştay 8. D. 708/61, 14.01.2019; Danıştay 5. D. 4595/8673, 13.02.2018, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 25.08.2023. Aynı yönde İstanbul BİM 10. İDD, 2245/1959, 13.09.2018, yayınlanmamıştır.

<sup>159</sup> Danıştay 10. D. 306146, 07.01.2019; Danıştay 8. D. 12281/2496, 07.05.2018; Danıştay 10. D. 4246/5527, 03.12.2015, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 25.08.2023.)

<sup>160</sup> Bu yöndeki karar için bkz Danıştay 6. D. 1928/5245, 30.05.2019; Danıştay 6. D. 6580/11786, 27.12.2017, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 25.08.2023.

<sup>161</sup> Konuya ilişkin tartışmalar için bkz Çalışkan (n 5) 71. Danıştay da bir kararında davayı takip hakkının yalnızca mirasçıya değil; üçüncü kişilere de geçebilecek olduğunu ortaya koymuştur (Danıştay 8. D. 3067/1039, 14.02.2019, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 30.08.2023 Danıştay Bilgi Bankası.).

<sup>162</sup> Broyelle (n 44) 210. Bu yöndeki karar için bkz Conseil d'Etat, 24 fevriyer 1989 n° 92525 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 28.08.2023.



yorum da iki tarafı olmayan bir yargılamanın yapılması gibi usul hukukuyla açıkça bağdaşmayan bir durumun ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Öte yandan, cezaların şahsiliği ilkesine dayanılarak idari yaptırımlara ilişkin davaların mirasçılar tarafından takip edilmesinin mümkün olmadığı kabulü de Danıştay'ın benimsemiş olduğu, *tereke üzerinde malvarlıksal etki yaratma ölçütüyle* her zaman bağdaşmamaktadır. Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, bir kimse hakkında verilen yaptırım kararının mirasçılar üzerinde uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık, davanın tarafının erken ödeme indiriminden yararlanmak amacıyla, idari para cezasını ödedikten sonra iptal davası açması ve fakat yargılama sırasında ölümü ihtimalinde, bu davanın sonuçlanmasının ölenin mirasçılarının malvarlığı üzerinde etki yaratacağı açıktır<sup>163</sup>. Zira idari para cezasının iptal edilmesi halinde, yargı kararlarının yerine getirilmesi yükümlülüğü kapsamında, ölenin dava açmadan önce yapmış olduğu ödeme mirasçılarının malvarlığına dönecektir. Dolayısıyla, idari yaptırımlar bakımından dosyanın işlemden kaldırılması usulünün bütünüyle kapalı olduğunun kabulü mümkün gözükmemektedir.

## B. “Dosyanın İşlemden Kaldırılabilirliği” Bakımından Değerlendirmeler

*Yalnız öleni ilgilendiren* davaların belirlenmesinde Danıştay'ın benimsediği, tereke üzerinde sonuç yaratma ya da mirasçılar tarafından tam yargı davasına konu edilebilme ölçütü yukarıda da belirtildiği üzere, -tam yargı davaları bakımından herhangi bir hak kaybına yol açmasada da- mirasçılar dışındaki üçüncü kişiler üzerinde sonuç yaratabilme etkisine sahip iptal davaları ile mirasçılarının malvarlıksal zarara uğramadığı (terekeye intikal etmeyen) ve fakat sonuçlanmasında menfaatinin bulunduğu iptal davalarına ilişkin dilekçenin iptaline ve dolayısıyla yargılamanın tamamlanamamasına yol açmaktadır.

İptal davasının mirasçılar bakımında hak yaratmaması, yalnızca ölen davacının şahsına münhasır sonuç yarattığı anlamına gelmemektedir<sup>164</sup>. Bazı iptal davalarının sonucunun müspet olması durumundan, davacıyla aynı konumda olan herkes yararlanabilmektedir. Salt bireysel menfaate ilişkin olmayan kamu yararını da

<sup>163</sup> Nitekim Danıştay da idari para cezasına karşı dava açılmadan önce, indirimden yararlanmak amacıyla meblağın ödenmiş olması durumunda, ödenen kısım bakımından davanın miras yoluyla intikal edeceğine karar vermiştir (Danıştay İDDK, 2995/1226, 09.04.2015, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 25.08.2023.). Aynı yönde, İstanbul BİM, 1364/1213, 29.04.2021 in Özgen (n 3) 1025.

<sup>164</sup> Bu yöndeki karar için bkz Danıştay 8. D, 3062/1039, 14.02.2019, <www.danistay.gov.tr> Erişim Tarihi 15.09.2023.

ilgilendiren davalar bakımından dilekçenin iptali kararı verilmesi mirasçılar ya da üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkilemektedir<sup>165</sup>.

Danıştay'ın yerleşik içtihadında ortaya konulduğu üzere, “*iptal davaları, kural olarak, ilgililerin haklarını ve çıkarlarını korumanın yanında, yürütme ve idarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yönelik, objektif ve soyut nitelikte bir dava türü olarak teoride genel olarak ifade edilmekle birlikte, istisnai olarak uygulamada subjektif ve somut nitelikte örnekler de içeren*” bir davadır<sup>166</sup>. İptal davasının sürdürülüp sürdürülmemesinin tereke üzerinde hak yaratma ilişkisine dayandırılması, hukuka aykırı işlemde etkilenen mirasçıların, üçüncü kişilerin ve hatta kamunun gerek hak ve gerek menfaat kaybına uğramasına yol açabilecektir<sup>167</sup>. Nitekim bu davalarda dilekçenin iptal edilmesi, menfaati o işlemde etkilenen, ancak açılmış bir iptal davası olduğu için dava açmamış olan diğer kimselerin de hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ayrıca bu ihtimalde, idarenin dava konusu edilen işlemlerinin denetimi yarıda kalmış olacağından idarenin hukukla sınırlandırılması prensibi ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi de korunamayacaktır.

Danıştay'ın izlediği bu yöndeki tutum, idari yargılama hukukuna yönelik olarak içtihat yoluyla daha önceden getirdiği pek çok ilkeyle bağdaşmamaktadır.

2577 sayılı Kanun'un 2. ve 14. maddesi uyarınca ehliyet, iptal davası açmanın bir koşulu olup, dava açılırken ehliyet koşulunun sağlanamaması durumunda ilk inceleme aşamasında reddedilmektedir. Danıştay, ağırlıklı içtihadında subjektif ehliyet (menfaat) koşulunun yalnızca yargılamanın başlangıcında, dava açılırken bulunmasının yeterli olduğunu<sup>168</sup>; menfaatin yalnızca objektif nitelikteki iptal davasında yargı merciini harekete geçirmeye yönelik bir unsur olduğunu; davanın açılmasıyla yargılamanın davacıdan bağımsız olarak ilerleyerek geliştiğini ortaya koymuştur<sup>169</sup>. Bu bağlamda, yargılamanın başında bulunan dava ehliyetinin dava

<sup>165</sup> Bu durum özellikle dilekçenin iptali kararının hukuki niteliği ve sonuçlarının belirgin olmadığı hukukumuzda birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Dilekçenin iptali kararının sonuçları itibarıyla davanın açılmamış sayılmasına mı; yoksa açılmış ve reddedilmiş sayılmasına mı yol açtığının tespiti, özellikle bu kararın kesin hüküm teşkil edebilirliği yönünden önemli farklılıklar yaratmaktadır. Davanın açılmamış sayılması kararı, şekli anlamda kesin hüküm niteliğini haiz olsa da uyumsuzluğun esasına ilişkin olmadığından maddi anlamda kesin hüküm olmayıp aynı davanın tekrar açılmasına engel oluşturmamaktadır. Bu kararlar davanın açılması ile doğan sonuçlar geriye etkili olarak hiç doğmamış kabul edilmektedir. Hukuki durumu dava öncesi hale getirecektir (Mehmet Hatipoğlu, “İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması” (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 212.).

Buna karşılık, öğretilere dilekçenin iptali kararlarında davanın açılıp sona erdiği, bu davanın tekrar ihya edilmesinin mümkün olmadığı da öğretilere savunulmaktadır (Candan (n 3) 659; Çalışkan (n 5) 70; Gözübüyük ve Dinçer (n 21) 671.).

<sup>166</sup> Danıştay 6. D. 4164/4196, 23.09.1999, DD (2001) (103) 602.

<sup>167</sup> Bu yönde karar için bkz Danıştay 8. D. 4506/2130, 08.05.2003, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.09.2023.

<sup>168</sup> Zehreddin Aslan, İrfan Barlass, Kahraman Berk, Nilay Arat, Mutlu Kağıtçıoğlu, Halil Altındağ, Gamze Gümüşkaya, Şebnem Sayhan, Mehmet Akif Bardakçı ve Cihan Yüzbaşıoğlu, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil) (3. Baskı, Seçkin 2022) 98; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 43) 629. Öğretilere aksi yönde görüşler de bulunmaktadır (Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet* (Yetkin 2016) 172; Aysel Aslı Yücesoy, *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat* (Seçkin 2015) 132.).

<sup>169</sup> Danıştay 10. D. 1213/1115, 21.05.1990, DD (1991) (81) 357.

devam ederken kaybedilmesi durumunda, yargılamanın sona erdirilmeyerek hüküm kurulması gerektiğine karar verilmektedir<sup>170</sup>.

Diğer yandan, Danıştay benzer yaklaşımı iptal davasında feragati değerlendirdiği bir kararında, “sadece davacının kişisel çıkarını ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda ...davacının davasından feragat etmesinin kabul edilmesi gerekir. ...Bireysel yararın söz konusu olduğu ahvalde ihlal edilen kamunun hukuku olmayıp bireyin hukukudur. Kendi hukuku üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olan bireyin davasından feragatinde herhangi bir kısıtlama düşünülemez.” ifadeleriyle ortaya koymuştur<sup>171</sup>. İptal davalarının bir yandan kişisel menfaatlerin korunması, diğer yandan idarenin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılması amacını gütmesi; bu davalarda verilen hükmün dava açmamış üçüncü kişileri de etkileme ihtimali bulunması sebebiyle iptal davalarının sonuçlandırılması esas tutulmuş, feragat sınırlandırılmıştır<sup>172</sup>. Buna göre, iptal davasına konu işlemin davacının kişisel yararıyla mı, yoksa kamunun yararıyla mı ilgili olduğu değerlendirilmekte; yalnızca kişisel yarara veya salt davacının hukuki durumuna yönelik işlemlere ilişkin davalardan feragat kabul edilmektedir.<sup>173</sup>

Danıştay genel olarak, herhangi bir hak ihlali olmaksızın menfaat ilgisinin kurulabildiği çevrenin, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konular ile belde ya da semt sakini, hizmetten yararlanan, hemşeri sıfatıyla açılan davalarda feragat izin vermemekte, yargılamayı sonuçlandırmaktadır<sup>174</sup>. Bu davalarda kamunun yararını ve üçüncü kişilerin menfaatini de etkilemektedir.

Buna karşılık Danıştay, -yukarıda ayrıntılı şekilde incelendiği üzere- objektif dava ehliyetinin yargılama sırasında kalkması (kişilik veya nitelik değişikliği) ve fakat tereke yoluyla mirasçılara da taşınamaması durumunda dilekçenin iptaline karar

<sup>170</sup> Danıştay 5. D, 526/2193, 07.05.2007; Danıştay 2. D, 5494/4269, 18.12.2006, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 15.09.2023; Danıştay 5. D, 10025/455, 13.02.2006, DD (2006) (112) 180; Danıştay 8. D, 2405/1907, 24.04.2003, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 15.09.2023. Danıştay’ın menfaatin yargılamanın sonuna kadar devam etmesi gerektiğine ilişkin daha eski tarihli aksi yönde içtihadı da bulunmaktadır (Danıştay 4. D, 4810/796, 29.02.2000, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 15.09.2023; Danıştay 5. D, 3267/2502, 15.11.1988 in Yücesoy (n 168) 228; Danıştay 6. D, 1358/77, 21.01.1987, <www.kanunum.com> Erişim Tarihi 15.09.2023.).

<sup>171</sup> Danıştay 8. D, 4506/2130, 08.05.2003, DKD (2003) (2) 285. Aynı yönde, Danıştay 14. D, 1730/6686, 23.11.2016, DD (2017) (144) 229; Danıştay 6. D, 484/1873, 09.05.1994, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.09.2023. Yine Danıştay, düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda davadan feragat imkanını “*Düzenleyici işlemlere karşı ve kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davalarında, işlemin yürütülmesinin durdurulması ...kararı verildikten sonra, davacıya davadan feragat etme hakkının tanınması, yapılmış olan yargısal denetimin geçersiz sayılması, dolayısıyla davacı iradesinin yargı kararı üzerine çıkması sonucunu doğuracağından, davacının iptal kararından sonra verdiği davadan feragat isteminin bu aşamada dikkate alınmasına olanak yoktur.*” ifadeleriyle kapatmıştır (Danıştay 5. D, 13350/1738, 11.05.2011, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.09.2023. Aynı yönde Danıştay 10. D, 1713/895, 17.02.2014, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.09.2023.).

<sup>172</sup> Türkoğlu Üstün (n 87) 299.

<sup>173</sup> Danıştay İDDK, 745/861, 21.10.2004, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.09.2023. Aynı yönde: “*kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenerek davacının davayla ilişkisinin irdelenmesi yapıldıktan sonra, feragat hakkında karar verilmesi gerekmektedir.*” (Danıştay 8. D, 4506/2130, 08.05.2003 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05.09.2023.)

<sup>174</sup> Türkoğlu Üstün (n 87) 301.

vermektedir. Konusu terekeye intikal eden davalar ise mirasçının başvurusuna kadar askıya alınmaktadır.

İptal davasının yukarıda yer verilen Danıştay içtihadında vurgulanan amaç ve sonuçları dikkate alındığında, başlamış bulunan yargılamanın tamamlanmasının kural, yarıda kalmasının istisna olduğu ortadadır. Hukukun temel prensibi olarak istisnaların dar yorumlanması esastır. Bu bakımdan iptal davası açıldıktan sonra yargılamanın tamamlanamamasına yol açan *yalnızca öleni ilgilendiren* dava kavramının dar yorumlanması gerektiğini savunmaktayız. Öte yandan, gerek sübjektif menfaatin ortadan kalktığı ve gerek feragat isteminin bulunduğu hallerde, taraflardan birinin davanın devamı yönünde iradesi bulunmamakta, yargılama fiiliyatta taraf işlemlerinden yoksun şekilde, bizzat mahkemece kamu yararı gerekçesiyle yürütülmektedir. Bu hallerin objektif dava ehliyetinin kalkması sonucu oluşan durumdan nitelik itibarıyla farkı bulunmamaktadır. Kamusal nitelik taşıyan ya da üçüncü kişilerin hukukunu etkileyen iptal davalarında da yargılamanın devam etmesinin esas olduğu doğrultusunda, dosyanın işlemde kaldırılmak suretiyle menfaat sahiplerine davayı takip edebilme imkânı tanınmasında açık bir hukuki engel bulunduğu söylenemez. Her ne kadar Kanun'un 26. maddesindeki yapı mirasçılarının takibi yenilemesi üzerine kurgulanmışsa da takibi menfaat sahibi üçüncü kişilerin yenilemesine yönelik açık bir yasaklama da bulunmamaktadır.

Ayrıca, iptal davalarında tekemmül etmiş dosyalarda, fiiliyatta davanın tarafları aktif bir rol üstlenmemektedir. Bu durumun arkasında kuşkusuz idari yargılama usulünde geçerli bulunan resen araştırma ilkesi yatmaktadır. Dosya tekemmül ettikten sonra davanın taraflarından birinin ölümü durumunda, -Fransız hukukunda olduğu- gibi yargılamanın bizzat mahkeme tarafından tamamlanması usulünün hukukumuzda benimsenmesi savunulabilir<sup>175</sup>. Ancak dosyanın ne zaman tekemmül etmiş sayılacağı bakımından hukukumuzda açıklık yoktur. Dosyanın tekemmülü bakımından, duruşmalı işlerde duruşma tarihi, dilekçe teatisinin tamamlanması gibi farklı tarihlerin kabulü mümkündür. Kanun'un 21. maddesine göre, dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Buna göre, hukukumuzda davanın taraflarının dosyaya her zaman bilgi ve belge ikame edebilmeleri, kendileri lehine yargılama usulü işlemleri yapabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla iptal davalarında karar verilinceye kadar dosya tekemmül etmiş sayılmamalıdır. Bu sebeple, dilekçenin iptal edilmesi kararları bakımından Fransız hukukundaki "*dosyanın tekemmül etmesi*" ölçütünün uygulanmasının mümkün olamayacağı kanaatindeyiz.

<sup>175</sup> Broyelle (n 44) 209.

Bu açıklamalar doğrultusunda, “yalnızca öleni ilgilendiren” davalar ölçütünün, mirasçılar ya da üçüncü kişiler üzerinde gerek hak ve gerek menfaat yönünden hiçbir surette etki yaratmayan, salt “*miras bırakan üzerinde ruhsal bir rahatlama ve tatmin sağlama potansiyeli bulunan davalar*” alanıyla sınırlı şekilde ele alınması gerektiğini savunmaktayız.

## Sonuç

İstinaf kanun yolunun hukukumuzda girmesiyle birlikte üç dereceli yargı sisteminin uygulandığı idari yargılama hukukumuzda açılmış bulunan iptal ve tam yargı davalarının kesinleşmesi uzun bir vakit alabilmektedir. Bu uzun süreç içerisinde, davanın tarafı olan idarede değişiklik olması durumunda mahkemece hasım düzeltilerek yargılamaya devam edilmektedir. Buna karşılık, davanın tarafı gerçek veya tüzel kişinin ölüm ya da başka bir sebeple kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesi durumunda, yargılama işlemlerinin devamı bakımından önemli değişiklikler meydana gelebilmektedir. Yargılamanın devamı sırasında davanın tarafında değişiklik meydana gelmesinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği İYUK madde 26 hükmü her ne kadar sade, basit ve anlaşılabilir gözüke de ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır.

Mevcut düzenlemenin yetersiz kalmasının arkasında, konunun medeni hukuk, ticaret hukuku ve borçlar hukukunu da ilgilendiren multidisipliner yapısı ile pek çok farklı ihtimali içermesinin yanında gerek esas ve gerek usule ilişkin içerik yönünden oldukça yüzeysel ve soyut olması, boşlukların doldurulması görevinin yargı mercilerine bırakılması gibi sebeplerin yattığı görülmektedir. Bu durum ise, yargılamanın uzun sürede sonuçlanması, yargılama usulü işlemlerinin tekrarlanması yahut davanın fiili anlamda taraf yokluğunda tamamlanması gibi idari yargılama usulüne hâkim olan hukuk devleti, usul ekonomisi, idari istikrar ilkeleri ile bağdaşmayan, zaman zaman bu ilkelerin çelişmesine veya yarışmasına sebep olan sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Çalışmamızda vurgulanmaya çalışıldığı üzere, bu ilkeler arasında denge gütmek suretiyle somut uyuşmazlığa çözüm getirmeye çalışan Danıştay, idari yargılama hukukunun temel prensipleriyle ve hatta zaman zaman birbiriyle çelişki içinde olan kararlar vermek durumunda kalmıştır. Diğer yandan, mevcut düzenleme ve içtihat kamuyu ilgilendiren pek çok uyuşmazlığın karara bağlanamamasına iptal davalarının objektif niteliğinin geri planda kalmasına sebep olmaktadır.

Çalışmamızda da ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, davada taraf değişikliği müessesesinin esnek şekilde, takip yetkisi kendisine geçecek kişinin hak ve menfaatlerinin en üst seviyede korunması suretiyle uygulanması, özellikle çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri ile hak arama özgürlüğü bakımından önemli bir avantaj sağlamaktaysa da yargılamanın uzun sürede sonuçlanmasına yol

açmakta, usul ekonomisi ve idari istikrar ilkeleri bakımından sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bu durum ise, zaman zaman davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin hak kaybına uğramasına yol açabilmektedir. Diğer yandan, takip yetkisi kendisine geçecek kişilerin, takip imkanının yahut takibi yapılabilecek yargılama usulü işlemlerinin sınırlandırılması, uyuşmazlığın kısa sürede çözüme kavuşturulması ve bu sayede hukuki istikrarın sağlanması bakımından yararlı gözükse de hak arama özgürlüğünün ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına ve hatta tümüyle ortadan kalkmasına sebep olabilmektedir. Bu bakımdan, yargılama sırasında davanın tarafının kişilik veya niteliğinin değiştiği durumda, takip yetkisi kendisine geçecek olan kişilere davayı takip edebilmeyi sağlayan ve fakat sınırlandırılmış bir imkân tanınmasının daha dengeli bir çözüm oluşturacağı kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, davayı takip etmede yararı bulunan kişilere taraf olma imkanının sunulması, bu imkândan yararlanmaması durumunda ise yargılamanın tamamlanarak hukuki belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, konunun özel hukuk boyutunun önemi de dikkate alınarak, gerektiğinde bekletici mesele müessesesinin işletilmesi yoluyla, uyuşmazlığın kamusal ve özel hukuk yönünün birlikte yürütülmesi de isabetli bir yaklaşım olacaktır.

İdari yargılama sırasında davanın tarafının kişilik veya niteliğinde değişiklik olması ihtimaline ilişkin olarak mevzuattaki düzenlemenin yetersiz; içtihadî çözümlerin ise öngörülemez ve tutarsız olduğunu yansıtmak istediğimiz bu çalışmada, karşılaştırmalı hukukta özellikle Fransız mevzuatından sıklıkla bahsetmeye çalıştık. Gerçekten de Fransız hukukunda yukarıda vurgulamış olduğumuz dengenin sağlanması bakımından isabetli çözümler üretilmiş olup bu çözümlerin mevzuatımızdaki eksikliklerin bazılarının giderilmesi bakımından yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca, idare hukukunda olduğu gibi idari yargılama hukukunda da Danıştay'ın hukuk yaratan fonksiyonu doğrultusunda, mevcut içtihadın mevzuatla ve birbiriyle olan çelişkinin, idari yargılama hukukunun tabi olduğu ilkeler gözetilerek giderilmesinin ve konuya ilişkin olarak içtihadî ölçütler benimsenmesinin de önemli yararlar sağlayacağını vurgulamak isteriz.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan 2009).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (6. Baskı, Savaş 2021).

- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Açıklamalı – İctihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş 2019).
- Aslan Z, Barlass İ, Berk K, Arat N, Kağıtçıoğlu M, Altındağ H, Gümüşkaya G, Sayhan Ş, Bardakçı M A ve Yüzbaşıoğlu C, *Açıklamalı ve İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil)* (3. Baskı, Seçkin 2022).
- Bal Y, Karabulut M ve Şahin Y, *İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları* (Seçkin 2003).
- Barray C ve Boyer P X, *Contentieux administratif* (Flammarion 2015).
- Broyelle C, *Contentieux administratif* (6<sup>e</sup> édition, LGDJ 2019).
- Bülbül E, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması* (Beta 2010).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Yetkin 2017).
- Coşkun S ve Karyağdı M, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin 2001).
- Courreges A ve Dael S, *Contentieux administratif* (4<sup>e</sup> édition, PUF 2006).
- Çalışkan A Z, *İdari Yargıda Tarafların Değişmesi* (Adalet 2012).
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz 2022).
- Ekinci M, *İdari İstikrar İlkesi* (Adalet 2021).
- Eraslan Y, *Türk İdari Yargı Sisteminde Dosyanın İşlemden Kaldırılması* (Adalet 2020).
- Esin Y, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları* (2. Baskı, Balkanoğlu Matbaacılık 1976).
- Gohin O ve Poulet F, *Contentieux administratif* (9<sup>e</sup> édition, LexisNexis 2015).
- Gözübüyük A Ş ve Dinçer G, *İdari Yargılama Usulü* (2. Bası, Turhan 1999).
- Gözübüyük A Ş ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (9. Bası, Turhan 2011).
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku* (8. Bası, Turhan 2016).
- Günday M, *İdari Yargılama Hukuku* (Turhan 2022).
- Gündüz E, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet* (Yetkin 2016).
- Hatipoğlu M, “İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması”, (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187-222.
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (3. Bası, Beta 2008).
- Kaya C, “İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme”, (2004) 12(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-186.
- Oğurlu Y, “Mukayeseli İdari Yargıda Süreler ve Makul Süre Problemi” in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu* (Danıştay Yayınları 2012) 119-142.
- Özgen S, “Türk İdari Yargılama usulünde Tarafların Kişilik veya Niteliğinde Değişiklik” in Süleyman Üstün ve Ebru Tüzemen Atik (eds), *Milli Egemenlik ve Hukuk TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan* (On İki Levha 2020) 1017-1059.
- Ricci J C, *Contentieux administratif* (5<sup>e</sup> édition, Hachette Supérieur 2016).
- Tan T, *İdari İşlemin Geri Alınması* (Sevinç Matbaası 1970).
- Tansuğ Ç, *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Beta 2016).
- Topuz İ ve Özkaya K, *Açıklamalı-İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Mahalli İdareler Derneği Yayını 2002).
- Türkoğlu Üstün K, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler* (Seçkin 2019).

Yılmaz Özel N, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri* (On İki Levha 2016).

Yenice K ve Esin Y, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* (Arısan Matbaacılık 1983).

Yıldırım T ve Fiş Üstün G, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (On İki Levha 2020).

Yücesoy A A, *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat* (Seçkin 2015).





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 27.10.2022  
Revizyon Talebi: 20.04.2024  
Son Revizyon Tarihi: 22.04.2024  
Kabul: 22.02.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Katılanın Sanık Lehine Faaliyette Bulunması

Hüsnü Sefa Eryıldız\*

### Öz

Türk ve Alman Hukukunda bir ceza muhakemesi süjesi olarak kabul edilen katılan, toplumsal iddia makamında yer alan savcının yanında, bireysel iddia makamında konumlandırılmaktadır. Kanunda kendisine tanınan geniş hak ve yetkileri savcıdan bağımsız olarak kullanabilen katılan, böylelikle zarar gördüğü suç dolayısıyla yürütülen kovuşturmada meşru çıkarlarını savunabilme ve yargılamaya aktif olarak etki edebilme imkânına sahip olmaktadır. Katılanın, kendisine sağlanan bu hak ve yetkileri yargılamada sanık lehine kullanıp kullanamayacağı hususu ise hem Türk hem de Alman Hukukunda tartışmalıdır. Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunlarında, katılanın hak ve yetkilerini hangi amaçla ve ne yönde kullanabileceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla katılanın faaliyet alanına ilişkin olarak ortaya çıkan tartışma, katılma müessesinin amacı ile geçerli bir katılmaya ilişkin aranan koşullar ekseninde gerçekleşmektedir. Bu noktada, özellikle Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararı, bahsi geçen tartışmaya yeni bir boyut kazandırmıştır.

Katılanın ceza muhakemesindeki hak ve yetkileri, çoğu zaman toplumsal iddia makamını oluşturan savcıninkilerle özdeşleştirilse de, katılan savcının yardımcısı değildir. Katılanın, kanuni hak ve yetkilerini diğer muhakeme süjelerinden bağımsız olarak kullanabilme imkânına sahip olması, bağımsız konumunun en açık göstergesidir. Bu bağlamda katılanın, hak ve yetkilerini sanığın lehine kullanmasının, faaliyetlerini bu hedefe ulaşmak amacıyla gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığı sorusu tartışılmaktadır.

Çalışmada, katılanın sanık lehine faaliyette bulunup bulunamayacağı sorusu, katılana tanınan hak ve yetkilere ilişkin kanuni düzenlemeler, suçtan zarar görme koşulu, katılmanın amacı ve katılmada şikâyet koşulu yönünde, konuya ilişkin Türk ve Alman Öğreti görüşleri ile mahkeme kararları doğrultusunda değerlendirilmiş, akabinde katılanın sanık lehine kanun yollarına başvuru imkânı inceleme konusu yapılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Katılan, Kamu Davasına Katılma, Katılma Davası, Sanık Lehine Katılma, Sanık Lehine Kanun Yolu

### Participant Activities in Favor of the Accused in Turkish and German Criminal Procedural Law

#### Abstract

The participant, who is recognized as a criminal procedure subject in Turkish and German law, is an individual prosecution subject, in contrast to the prosecutor. The participant can use the rights and powers granted by law independent of the prosecutor. Thus they have the opportunity to defend their legitimate interests and effectively influence the criminal proceedings. Whether participants can use these rights and powers in favor of the accused in proceedings is controversial in both Turkish and German law. In fact, Turkish and German criminal procedure codes have no specific regulation on the direction and purpose for which participants can use their rights and powers. Therefore, the discussion regarding the field participant activity is centered on the purpose of their participation and the conditions required for valid participation.

\* **Sorumlu Yazar:** Hüsnü Sefa Eryıldız (Dr. Öğr. Üyesi), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye. E-posta: sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888

**Atf:** Eryıldız HS, "Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Katılanın Sanık Lehine Faaliyette Bulunması" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 279. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.009>



In this regard, particularly concerning the decision of the 3rd Criminal Chamber of the German Federal Court (Decision No. 214/20 dated September 1, 2020) has added a new aspect to this debate.

Although the position and activities of participants in criminal proceedings are often identified with the public prosecutor, participants are not assistants to the public prosecutor. Their clearest indicator of independence is that they have the opportunity to use their legal rights and powers independent from other judicial subjects. In this context, this study argues whether participants are allowed to exercise the rights and powers granted to them in a criminal proceeding in favor of the accused and to carry out activities for achieving this aim.

This study evaluates the question of whether participants may act in favor of the accused in light of Turkish and German doctrinal views and court decisions on the subject by considering the legal regulations regarding the rights and powers granted to participants, the condition of being harmed by a crime, the purpose of participation and the condition of complaint with regard to participation. The study then examines the possibility of the participant applying for legal remedies in favor of the accused.

**Keywords**

Participant, Participation in Criminal Trials, Participation Lawsuit, Participation in Favor of the Accused, Remedy in Favor of the Accused

### *Extended Summary*

In Turkish and German law, participants as subjects of a criminal proceeding are entitled to exercise various rights and powers granted to them in the prosecution of an offense from which they have been harmed. Thus, participants can influence and direct a proceeding. Although participants' position and activities in criminal proceedings are often identified with the public prosecutor, no specific regulation exists that would prevent them from acting independent from all other subjects of said proceeding or from exercising the rights and powers granted to them in line with their personal interests. In this context, the question arises as to whether participants are allowed to exercise the rights and powers granted to them in a criminal proceeding in favor of the accused and to carry out their activities for the acquittal of the accused. In the absence of any specific regulation, the discussions on the subject are made within the framework of the purpose of participation and the conditions required for valid participation.

The provisions of the Turkish and German criminal procedure codes that regulate the rights and powers of participants impose no obligation for a participant to take sides with the prosecutor or to defend the allegations put forward by the prosecutor in a criminal case. Likewise, the person having been directly harmed by the offense committed is sufficient for obtaining the status of participant and according to this study, revealing a will to punish the accused is not necessary.

The purposes of participation involve public scrutiny and a guarantee of transparency in criminal proceedings as well as the participants' satisfaction and rehabilitation by having an active role where they can put forward their own ideas for the protection of victims and prevention of secondary victimization. All these purposes are aimed at ensuring that the participant as an independent subject of the criminal proceedings

who has various rights and powers is able to act freely in the criminal proceedings in line with their legitimate claims and interests without jeopardizing the objective of achieving material truth. Participants are not organically linked to the public prosecutor's office, nor are they obliged to consider public interests and balance as the prosecutor is.

How to defend the personal interest of participants ideally remains a matter of their own choice and judgment. In this respect, this study believes the scope of participants' rights, powers and field of the activity should not be narrowed based on the purpose and function of participation. In fact, a recent decision of the German Federal Court emphasized that participants are entitled to rights and powers as independent judicial subjects and are able to independently exercise these rights and powers in line with their own wishes and interests; in addition, participant activities cannot be made conditional in terms of purpose except for the conditions regulated for participation by law.

The only legal basis in Turkish law that prevents the possibility for a participant to act in favor of the accused in a criminal proceeding can be said to fall under the "complaint requirement as" specifically regulated in Articles 237 and 238 of the Turkish Criminal Procedural Code (TCPC) No. 5271. In terms of participation procedure, this "complaint requirement is considered to" mean the declaration of will to participate in a criminal case and to punish the accused.

This study is of the opinion that legislators have placed participants in the position of individual prosecution through the "complaint requirement mentioned" in the text of Articles 237 and 238 of the TCPC, thus qualifying their field of activity as acting only against the accused. Therefore, a will to participate that does not contain a complaint regarding the offense or the accused, and more specifically a will to participate that contains requests that are likely to result in favor of the accused, do not meet the complaint requirement. Meanwhile, the complaint requirement in German law, known as *die Beschwerde*, is not required, and the declaration of participation (*die Anschlussklärung*) as regulated in Article 396 of the German Criminal Procedural Code is considered sufficient.

Lastly, although no specific regulation exists in either the Turkish or German criminal procedure codes that prevents participants from applying for a legal remedy in favor of the accused, such an application has been stated to be incompatible with the legal conditions for participation and the purpose of participation, as well as the fact that the participant has no legal interest. In fact, while both Turkish and German criminal procedure codes are specifically regulated so that the prosecutor can apply for legal remedies in favor of the accused, this has not been regulated for the participant.

## I. Genel Olarak

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 237. maddesi uyarınca, mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kişiler<sup>1</sup>, açılan kamu davasında ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilineceye kadar katılma talebinde bulunabilir ve bu talebin kabul görmesi halinde katılan sıfatıyla bir muhakeme süjesi olarak Kanunun kendilerine tanıdığı hak ve yetkileri kullanabilirler. Katılan; ceza yargılamasının konusunu oluşturan suçtan doğrudan zarar görmesi veya yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra maddi ve mali sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek olması nedeniyle, savcılık makamınca açılan kamu davasına, açtığı müdahale yoluyla (tali) dava ile dâhil olup Kanunda kendisi için tanımlanan geniş hak ve yetkileri savcılık makamından bağımsız bir şekilde kullanmak suretiyle meşru çıkarlarını takip eden, yargılamaya yön veren bir muhakeme süjesidir.<sup>2</sup>

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda kamu davasına katılma, belirli suçlar ile sınırlandırılmamıştır. Kural olarak, mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu sıfatının elde edilebildiği bütün suçlarda CMK m 237/1 kapsamında kamu davasına katılma söz konusu olabilir.

Katılmada, savcılık makamınca açılan kamu davasının yanında katılanın kanuni süjellik talebiyle açılan ikinci bir (tali) davanın ortaya çıktığı, bu davanın varlığının kamu davasına bağlı olduğu ve birlikte yürütüldükleri, katılan kamu davasında iddia makamını işgal ederken, kendi açtığı davanın da savcının desteğiyle yürütüldüğü, müdahale yoluyla açılan bu davada istisnai durumlar haricinde (*örneğin*, geri alma) kamu davasına ilişkin kuralların uygulandığı, ancak özel kişi olması nedeniyle katılana özel bir konum tanıdığı ileri sürüldüğü gibi,<sup>3</sup> katılma talebinin kabulü ve reddi yargılama makamının kararını gerektirdiğinden tali bir ceza davası söz konusu olmakla birlikte, aslında ortada tek bir asıl ceza davasının bulunduğu da dile getirilmektedir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> CMK m 237/1 uyarınca, kamu davasına katılma hakkı bulunan kişiler arasında sayılan malen sorumlu, bu çalışmanın kapsamına alınmamıştır. Dolayısıyla, çalışmanın ilerleyen kısımlarında kullanılan "katılan" ifadesi, mağdur ile suçtan zarar göreni kapsamaktadır. Sanığın mahkûmiyetinden olumsuz etkilenebilecek olan ve bu nedenle suçtan zarar görenin aksine menfaatleri çoğu zaman sanıkla örtüşen malen sorumlunun, zorunlu olarak iddia makamının yanında yargılamaya katılmasının kabulü kanaatimizce isabetli bir yaklaşım değildir.

<sup>2</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, mağdur ve suçtan zarar görenin davaya katılma hakkını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer alan "hak arama hürriyeti" kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay CGK, E 2019/78, K 2021/436, 30.9.2021, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022).

<sup>3</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 251 ve 728; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. bs, Adalet Yayınevi 2020) 315, 316. Faruk Erem ise katılmada (şahsi hak talepleri nazara alınmamak koşuluyla) süjeleri artırılmış tek bir kamu davası bulunduğu, bu bakımdan katılmaya müstakil bir dava niteliği atfedilemeyeceği görüşündedir, *Ceza Usul Hukuku* (5. bs, Sevinç Matbaası 1978) 661. Benzer şekilde Mustafa Özen, davaya katılma isteğinin tek taraflı bir işlem olduğunu, dava olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (5. bs, Adalet Yayınevi 2020) 256.

<sup>4</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. bs, Seçkin Yayıncılık 2020) 177.

Bugün Türk Öğretisinde hâkim görüş katılanı toplumsal iddia makamı olan savcılık makamı yanında, bireysel iddia makamında konumlandırmaktadır<sup>5</sup>. Katılan, makam itibarıyla süjedir, çünkü katılma talebinin kabulüyle birlikte Kanunda kendisine tanınan hak ve yetkileri bağımsız olarak kullanabilen, bireysel makamını oluşturmaktadır. Aynı zamanda şahıs itibarıyla da muhakeme süjesidir, zira yargılama konusu eylemin aynı zamanda mağduru veya suçtan zarar göreni veya malen sorumlusudur.<sup>6</sup> Ayrıca, katılanın koruma tedbiri veya delil süjesi olduğu da dile getirilmektedir<sup>7</sup>.

Bağımsız bir ceza muhakemesi süjesi olarak görülen katılanın, tez – antitez - sentezden oluşan muhakemenin “tez” ileri sürme faaliyetine katkı sağladığı, bu itibarla katılmanın muhakemenin “antitez” ayağını oluşturan savunma bakımından herhangi bir değişikliğe yol açmadığı, savunma makamını kural olarak yalnızca sanığın oluşturduğu ifade edilmektedir.<sup>8</sup>

Türk Hukukundan farklı olarak, Alman Hukukunda mağdurun kamu davasına katılması belirli suçlar ve kişilerle sınırlandırılmıştır.<sup>9</sup> Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (*Strafprozeßordnung, StPO*) (AİCMK) 395. maddesinde kamu davasına kimlerin katılabileceği tahdidi olarak sayılmıştır. Katılanın, tek başına dava açma hakkı bulunmamakta, hâlihazırda açılan kamu davasına katılma yoluyla dâhil olabilmektedir.<sup>10</sup> Kanunun 374. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen şahsi dava usulünün aksine katılma usulünün, kamu davasına ilişkin yargılama usulünü kural olarak etkilemediği, sadece sanığın karşısında ve savcının yanında bir diğer muhakeme süjesinin yer aldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, katılan Kanunda

<sup>5</sup> Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Adalet Yayınevi 2020) 249; Ali Rıza Çınar, *Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma*, (2019) 21 2805, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Özel Sayı, DEÜHF 2801-2836; Caner Yenidünya ve Zafer İçer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. bs, Adalet Yayınevi 2016) 153; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (12. bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 131; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. bs, Yetkin Yayınları 2020) 498; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. bs, Asil Yayıncılık 2006) 99; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. bs, Savaş Yayınevi 2020) 140; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. bs, Beta Yayınları 2021) 1018; Özen (n 3) 247; Sami Onursal, *Kamu Davasına Müdahale* (1. bs, Fakülteler Matbaası 1968) 23; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. bs, Beta Yayınları 2015) 368; Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2018) 183.

<sup>6</sup> Gözde Kazaker, *Kamu Davasına Katılma* (Adalet Yayınevi 2019) 33; Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 177; Ziya Koç, *Ceza Muhakemesinde Katılan* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 14 vd.

<sup>7</sup> Koç (n 6) 16.

<sup>8</sup> Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 177.

<sup>9</sup> Kamu davasına katılabilecek kişiler ile bu kişilerin hak ve yetkileri 18.12.1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu (*das Opferschutzgesetz*) ile genişletilmiştir. Alman Hukukunda katılma müessesinin gelişimi için bkz Hans Hilger “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in Erb V, Esser R, Franke U, Graalman-Scheerer K, Hilger H ve Ignor A (eds), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 8. Band §§374-448 (26. bs, De Gruyter Verlag 2009) Vor § 395 kn 4-15; Heinz Stöckel, “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in von Heintschel-Heinegg B ve Stöckel H (eds), Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII §§ 374-495 (4. bs, Carl Heymanns Verlag 2013) Vor § 395 kn 1-2; Petra Velten, “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in Wolter J (eds), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII §§ 374-495 (4. bs, Carl Heymanns Verlag 2013) Vor § 395 kn 16 vd.

<sup>10</sup> Klaus Volk ve Armin Engländer, *Grundkurs StPO* (8. bs, Verlag C.H. Beck 2013) 351; Werner Beulke, *Strafprozessrecht* (C.F. Müller Verlag 2004) 323. Alman Federal Yüksek Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, 126/11, 25.5.2011: “Kamu davasına katılma, ancak sanığın katılmaya konu suç dolayısıyla mahkûm edilmesinin hukuken mümkün olarak görüldüğü, diğer bir ifadeyle katılma talebinde ileri sürülen hukuki vakaya göre böyle bir suçtan dolayı mahkûmiyetin maddi ceza hukuku açısından gündeme gelebileceği durumda mümkündür.”, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 25 Ağustos 2022).

kendisine tanınan hak ve yetkileri savcıdan bağımsız olarak kullanabilmekte ve böylelikle konumuna özgü amaçları yerine getirebilmektedir.<sup>11</sup> Dolayısıyla, bugün Alman Hukukunda katılanın, savcının salt bir yardımcısı olmadığı, aksine bağımsız bir muhakeme süjesi olduğu görüşü hâkimdir.<sup>12</sup> Suçtan zarar gören, katılma yoluyla yargılamayı aktif olarak etkileyebilmekte, bu kapsamda savcıdan bağımsız olarak açıklama ve taleplerde bulunabilmekte, sorular sorabilmekte veya kanun yollarına başvurabilmektedir.<sup>13</sup>

Hem Türk hem de Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda, hak ve yetkileri ile faaliyet alanı çoğu zaman toplumsal iddia makamını oluşturan savcı ile özdeşleştirilse de bağımsız bir muhakeme süjesi olarak katılan, kanunda kendisine tanınan hak ve yetkileri savcıdan bağımsız ve meşru çıkarlarını takip etmek üzere kullanabilme imkânına sahiptir. Bu bakımdan katılanın, ceza yargılamasında sanığın mahkûmiyetini değil, beraatını amaçlayacak şekilde hak ve yetkilerini kullanmasının, faaliyetlerini bu hedefe yönelik gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu soru, katılana tanınan hak ve yetkilere ilişkin kanuni düzenlemeler, suçtan zarar görme koşulu, katılanın amacı ile katılmada şikâyet koşulu yönünden konuya ilişkin Türk ve Alman Öğreti görüşleri ile mahkeme kararları doğrultusunda değerlendirilecek, akabinde katılanın sanık lehine kanun yollarına başvuru imkânı ele alınacaktır.

## II. Değerlendirme

### A. Katılanın Hak ve Yetkileri

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) katılan, kamu davasına katılmayla birlikte şahsi davacının tüm haklarına sahip olmaktaydı. Şahsi davacı kural olarak savcının yetkilerini haiz olduğundan (CMUK m 354), katılanın da bu yetkilere sahip olduğu kabul edilmekteydi. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise şahsi dava usulüne yer verilmediği gibi, katılan ile savcının hak ve yetkileri arasında doğrudan bir bağlantı da kurulmamıştır.<sup>14</sup> Katılanın ceza muhakemesindeki konumu ve faaliyetlerini, savcının konumu ve yerine getirdiği iddia faaliyeti ile özdeşleştiren açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, her iki muhakemesi süjesinin hak ve yetkileri arasında bir paralellik bulunduğu<sup>15</sup>, katılanın

<sup>11</sup> Alman Federal Mahkemesi 5. Ceza Dairesi, 748/78, 23.1.1979, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 4 Eylül 2022); Beulke (n 10) 323; Uwe Hellmann, *Strafprozessrecht* (2. bs, Springer Verlag 2006) 345.

<sup>12</sup> Dirk Fabricius, *Die Stellung des Nebenklagevertreters*, 1994 (NSZ) 258; Hellmann (n 11) 345; Hilger (n 9) Vor §§ 374 vd kn 6; Hinrich Rüping, *Das Strafverfahren* (3. bs, Franz Vahlen Verlag 1997) 236.

<sup>13</sup> Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 1; Velten (n 9) Vor § 395 kn 1.

<sup>14</sup> Centel ve Zafer (n 5) 1031; Toroslu ve Feyzioğlu (n 5) 141.

<sup>15</sup> Toroslu ve Feyzioğlu (n 5) 141.

en temel hakkının, savcının yanında iddia makamında yer alma ve iddia görevinde bulunma olduğu ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Dördüncü Kitabının Birinci Kısımında 233 ila 236. maddeler arasında “*Suç mağduru ile şikâyetçinin hakları*” düzenlenmiştir. Mağdur ve şikâyetçinin kamu davasına katılma talebinin kabulüyle birlikte katılan sıfatını kazandığı dikkate alındığında, bu hak ve yetkilerin aynı zamanda katılan bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca Kanunda katılana doğrudan bazı hak ve yetkiler de tanınmıştır. Bunlara; avukattan yararlanma hakkı (m 239), oturumlarda alınan kararlardan haberdar edilme hakkı (m 241), davadan vazgeçme hakkı (m 243) ile savcıdan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma ve başvuruyu geri alma hakkı (m 242) örnek gösterilebilir.

Kamu davasına katılma ile suçtan zarar gören mağdur veya şikâyetçinin katılan sıfatıyla sahip olduğu diğer haklar ise; duruşmadan haberdar edilme (m 234/1-b 1.) ve duruşma ve diğer muhakeme işlemlerine katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme (m 234/1-b 3.), tanıkların davetini isteme (m 234/1-b 4.), duruşmada mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla sanığa, tanıklara, bilirkişiye ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere soru sorma (m 201/1 c.2), onların açıklamalarına karşı açıklamada bulunma ve duruşmada okunan belgelerin içeriğine ilişkin görüş bildirme (m 215/1), bazı belgelerin duruşmada okunmasına rıza gösterme (m 211/2), ortaya konulan delillere ilişkin genel tartışmaya katılma ve bu bağlamda sanığın, müdafisinin veya yasal temsilcisinin açıklamalarına cevap verme (m 216), hâkimin reddi isteminde bulunma (m 24/2) ve duruşmada alınacak kararlardan önce dinlenilme (m 33/1) olarak sayılabilir.

Görülebileceği üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda katılana tanınan geniş hak ve yetkiler vasıtasıyla yargılamaya etkin katılımı garanti altına alınmıştır. Katılanın bağımsız bir muhakeme süjesi olmasını sağlayan bu hak ve yetkiler, her ne kadar tek başına ceza davasını harekete geçirmesini mümkün kılmasa da, yürütülen kamu davasına katılmak suretiyle muhakemeye yön verebilme olanağını sağlamaktadır. Katılana, hak ve yetkilerini kullanırken, savcı ile birlikte hareket etme zorunluluğu da getirilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, katılanın, hak ve yetkilerini diğer muhakeme süjelerinden bağımsız bir şekilde, ceza yargılamasının amacına ve sanığın savunma olanaklarına zarar vermeksizin şahsi çıkarları doğrultusunda kullanabilmesine, kendi istek ve görüşleri doğrultusunda hareket edebilmesine engel teşkil edebilecek açık bir normatif düzenleme de bulunmamaktadır.

<sup>16</sup> Kazaker (n 6) 150. Yargıtay CGK, E 2013/11-87, K 2013/245, 7.5.2013: “1412 sayılı CMUK'nun 367. maddesinde; 'müdahale talebi kabul edildiği anda dahili dava olan kimse şahsi dava müddeisinin haiz olduğu haklardan istifade eder' ve 360. maddesinde; 'Şahsi dava açmakla takip olunan işlerde davacı, kamu davasının açılmasıyla görülen işlerde Cumhuriyet savcısının müraعات edebileceği kanun yollarına gidebilir' şeklinde düzenlenmiş bulunan hükümlere 5271 sayılı CMK'nunda yer verilmemiş olması, katılanın kanun yolu başvurusunda Cumhuriyet savcısına benzeyen konumunu değiştirmek için değil, yeni sistem içerisinde şahsi davaya yer verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.”, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022).

Alman Hukukunda katılanın hak ve yetkilerine Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 397. ve devamı maddelerinde yer verilmiştir. 397. maddenin 1. fıkrasına göre katılan; tanık olarak dinlenmesi gerekse de duruşmada bulunma (m 397/1 c 1) ve duruşmaya davet edilme (m 397/1 c.2) haklarına sahiptir. Aynı fıkra uyarınca katılana, hâkimin reddi isteminde bulunma (m 397/1 c.3, m 24, m 31), bilirkişinin reddi isteminde bulunma (m 397/1 c 3, m 74), sanık, tanık ve bilirkişiye soru sorma (m 397/1 c 3, m 240/2), mahkeme başkanının duruşmanın esasının idaresine ilişkin kararının ve soruların geçersizliğini ileri sürme (m 397/1 c 3, m 238/2), delil toplanmasını isteme (m 397/1 c 3, m 244/3-6)<sup>17</sup>, sanığın dinlenilmesinden ve ortaya konulan her delilden sonra, o konuda açıklamada bulunma ve delillerin ortaya konulması sona erdikten sonra açıklamada bulunma ve taleplerini ileri sürme (m 397/1 c 3, m 257, m 258) hakları tanınmıştır.

Alman Kanun Koyucunun özellikle 397. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesinde yer verdiği hak ve yetkilerle katılana, yargılama konusu olaya ilişkin yorum ve değerlendirmelerini ortaya koyma, kendisine yönelik sorumluluk ithamlarına karşı beyanlarda bulunabilme ve ayrıca yerine getireceği muhtemel tanıklığının yanı sıra duruşma sürecine etkide bulunabilme imkânlarını sağlamayı amaçladığı ifade edilmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca duruşma devresinde katılanın, zikredilen bu haklar dışında, açık bir düzenleme bulunmasa da bağımsız bir muhakeme süjesi olarak konumundan kaynaklanan hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantılı olarak, mahkemenin görevi olan olayı aydınlatma yükümlülüğünü uygun bir şekilde yerine getirmesi için dilekçe sunabilme ve bu hakkına yönelik ihlalleri kanun yolu aşamasında ileri sürebilme hakkına da sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>19</sup>

Katılanın hak ve yetkilerinin yer aldığı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 397. maddesinin 1. fıkrasının 4. cümlesinde ise katılanın, Kanunda aksine düzenleme bulunmayan hallerde, savcılık makamına tanınanla aynı kapsamda muhakeme işlemlerine katılabileceği ve dinleneceği açıklanmıştır. Aynı madde fıkrasının 5. cümlesinde savcılık makamına bildirilmesi gereken her kararın katılana da bildirileceği ve bu bakımdan müdafiyeye tebligata ilişkin 145a maddesinin 1. ve 3. fıkralarında yer alan hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, 397. maddenin 2. ve 3. fıkralarında, katılana avukattan yararlanma ve Alman diline hâkim olmaması halinde, muhakemeye ilişkin haklarını kullanabilmesi açısından gerekli olması şartıyla, yazılı belgelerin tercüme edilmiş halini alma hakkı tanınmıştır. Ayrıca, Kanun'un 397a maddesinde belirli suçlar açısından muhakeme masrafları için adli yardımdan yararlanma, 400 ve 401. maddelerinde savcıdan bağımsız olarak kanun

<sup>17</sup> Yalnızca katılmaya konu suç ile bağlantılı olarak tanınan ve katılanın "saldırı silahı" olarak nitelendirilen bu hakkın, katılmanın amacı ile uyuşmadığını dile getiren görüşler için bkz Stöckel (n 9) § 397 kn 6.

<sup>18</sup> Federal Hükümet Yasa Taslağı, Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenin Konununun İyileştirilmesine Dair İlk Yasa Taslağı, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drs.) 10/5305, 13.

<sup>19</sup> Ibid 14.



yollarına başvurma,<sup>20</sup> 406e maddesinde avukat aracılığıyla dosyayı inceleyebilme ve 406g maddesinde psiko-sosyal destek hizmeti veren bir refakatçiden yararlanma hakları da katılana tanınan diğer haklar arasında yer almaktadır.

Görüleceği üzere, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda suçtan zarar görene, belirli suç ve kişilerle sınırlı olmak üzere savcılık tarafından açılan kamu davasına müdahale yoluyla dâhil olma ve kendisine tanımlanan birçok hak ve yetki vasıtasıyla muhakemeye etki edebilme ve meşru çıkarlarını savunabilme imkânı sağlanmıştır.

Bugün için Alman Öğretisindeki ağırlıklı görüşe göre, katılan, savcının bir yardımcısı değil, aksine bağımsız bir muhakeme süjesidir.<sup>21</sup> Katılanın, kendisine tanınan hak ve yetkileri özellikle savcılık makamından bağımsız olarak kullanabilmesi, sahip olduğu bağımsız konumun en açık göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, katılan, savcı ile birlikte hareket etmeksizin delillerin toplanması talebinde bulunabilmekte ve kanun yollarına başvurabilmektedir. Katılan hak ve yetkilerini kullanıp kullanmama ve ne ölçüde kullanacağı hususlarında da tam bir serbestiye sahiptir. Bu nedenle, muhakeme sürecinin ilerleyişi, katılanın birlikte etkisine bağımlı değildir.<sup>22</sup>

Tüm bu tespitler doğrultusunda, Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da, katılanın, diğer tüm muhakeme süjelerinden bağımsız olarak hareket edebilmesine ve bu bağlamda kendisine tanınan hak ve yetkileri meşru ve şahsi çıkarları doğrultusunda kullanabilmesine engel oluşturabilecek açık bir normatif düzenlemenin bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, örneğin, katılanın, savcılık makamına tanınanla aynı kapsamda işlemlere katılması ve dinlenmesine, yine savcılık makamına bildirilmesi gereken her kararın katılana da bildirilmesine ilişkin hükümlerden, savcı ile katılanın konumlarının benzer nitelikte olduğu da ileri sürülebilir. Her ne kadar Kanunda bu yönde açık hüküm bulunmasa da Alman Öğretisinde, katılanın sanık lehine hareket edememesinin muhakemedeki konumundan kaynaklandığını savunan görüşler yer almaktadır.<sup>23</sup>

Sonuç olarak, hem Türk hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanununun katılmaya ilişkin hak ve yetkilerin düzenlendiği hükümlerinde, katılanın savcı ile birlikte iddia makamını oluşturması ve kamu davasında savcılık tarafından ileri sürülen iddiaları savunmasına yönelik açık bir zorunluluk öngörülmemiştir. Dolayısıyla, bu hükümler kapsamında, katılanın şahsi çıkarları doğrultusunda ve sanık lehine faaliyette bulunabilmesine bir engelin bulunmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim Türk Öğretisinde,

<sup>20</sup> Kanun'un 400. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; katılan, mahkemenin verdiği hüküm hakkında, bir başka yaptırıma hükmedilmesi amacıyla veya kendisine müdahale yetkisi tanınmasını sağlamayan bir başka suç dolayısıyla kanun yoluna başvuramaz.

<sup>21</sup> Fabricius (n 12) 258; Rüping (n 12) 236; Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 3; Velten (n 9) Vor § 395 kn 2.

<sup>22</sup> Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 4.

<sup>23</sup> Bkz Rüping (n 12) 236.

Kanunun katılma müessesesinin düzenlendiği bölümüne, katılanın savcı ile birlikte yürüttüğü kabul edilen iddia görevine ilişkin olarak bir prensip maddesinin konulması gerektiği, mevcut durumda katılanın konumuna ilişkin kabul ve uygulamaların, yalnızca öğretinin benimsediği prensiplere dayandığı belirtilmektedir.<sup>24</sup>

## B. Suçtan Zarar Görme Koşulu Yönünden

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesine göre; mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olan kişiler kamu davasına katılabilirler. Bugün Türk Öğretisinde, kamu davasına katılma yetkisinin doğabilmesi için, mağdur ve suçtan zarar görenin katılmaya konu suçtan “doğrudan doğruya” zarar görmesini arayan müellifler bulunduğu gibi,<sup>25</sup> doğrudan zarar gören mağdur dışında Kanunda “şikâyetçi” ve “suçtan zarar gören” kavramlarına yer verilmek suretiyle suçtan dolaylı olarak zarar görenlere de katılma yetkisi tanındığı görüşünü benimseyenler de mevcuttur.<sup>26</sup> Elbette ikinci görüş açısından bazı yazarlar suçtan “dolaylı zarar görme” kavramının, mağdurun ölümü, yaş küçüklüğü veya akıl hastası olması gibi haller ve kanuni temsilci, birinci ve ikinci derece akraba olan kişilerle sınırlı bir şekilde dar yorumlanması gerektiğini dile getirmektedirler.<sup>27</sup> Yargıtay ise istikrarlı kararlarında, “suçtan zarar görme” kavramını davaya katılma açısından dar yorumlamakta ve yalnızca suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişilerin katılma yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.<sup>28</sup>

Kamu davasına katılma açısından suçtan zarar görenin, sanığın cezalandırılması yönünde iradesini ortaya koyan kişi olduğu ifade edilmektedir.<sup>29</sup> Bu görüşe göre, suçtan zarar görme, katılmanın ve katılanın sanığın cezalandırılmasını istemesindeki temel hukuki koşulu oluşturmaktadır. Gerçekten katılan, suçtan zarar gören olarak, kendisine karşı işlenen suç nedeniyle yürütülen ceza yargılamasında, hem korunma hem de tatmin edilme imkânının sağlanması amacıyla süje konumunu elde etmektedir. Dolayısıyla, katılanın, ceza hukuku açısından önem arz edecek

<sup>24</sup> Yurtcan (n 3) 257.

<sup>25</sup> Donay (n 5) 368; Mahmut Koca, “Temyiz Yolunda Davaya Katılma” (2014) 18 (5) TAAD 7; Şahin ve Göktürk (n 5) 132; Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 179.

<sup>26</sup> Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Nisan Kitabevi 2022) 500, 501; Ünver ve Hakeri (n 3) 700; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2020) 581.

<sup>27</sup> Karakehya (n 26) 501.

<sup>28</sup> Yargıtay CGK, E 2019/78, K 2021/436, 30.9.2021: “Suçtan zarar görme kavramı gerek Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; ‘suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hâli’ olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir.”, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022). Yargıtay CGK, E 2020/430, K 2021/161, 22.4.2021: “Kamu davasına katılmak için aranan ‘Suçtan zarar görme’ kavramı Kanun’da açıkça tanımlanmamış, gerek Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; ‘Suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hâli’ olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim bu husus, Ceza Genel Kurulunun 03.05.2011 tarihli ve 155–80, 04.07.2006 tarihli ve 127–180, 22.10.2002 tarihli ve 234–366 ile 11.04.2000 tarihli ve 65–69 sayılı kararlarında; ‘Dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez.’ şeklinde açıkça ifade edilmiştir.”, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022).

<sup>29</sup> Ünver ve Hakeri (n 3) 316.

şekilde hukuki menfaatlerinin sanık tarafından ihlal edilmediği kanaatinde olduğu durumlarda her ne kadar Kanunun lafzına göre katılmaya engel bir durum oluşmasa da, katılma müessesesinin temelini oluşturan amaçlar açısından bu faaliyetin meşrulaştırılmasının mümkün olmayacağı ileri sürülebilecektir.<sup>30</sup> Nitekim Schleswig Yüksek Eyalet Mahkemesi bir kararında, katılmaya konu suçu işlemediği kanaatiyle sanığın beraat etmesine yönelik faaliyette bulunmak üzere katılma talebinde bulunan mağdurun, suçtan zarar gören sıfatını reddetmiş olacağını ve böyle bir katılma talebinin katılmanın amaçlarına da aykırı olduğunu kabul etmiştir.<sup>31</sup> Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi ise yakın tarihli bir kararında, katılma için Kanunda öngörülen tek koşulun katalog suçlar dolayısıyla zarar görmek olduğunu, bunun yanı sıra katılanın belirli bir amaca yönelik çabalaması gerektiği veya başlangıçta koşullara uygun bir katılmanın yargılamada hedeflenen amaca göre geçersiz olacağı yönündeki bir sonucu ise Kanundan çıkarmanın mümkün olmadığını açıklamıştır.<sup>32</sup> Federal Mahkeme, Kanun'da yer alan katılmaya ilişkin normların sistematik bağlantısından da farklı bir sonuca ulaşılamayacağı görüşündedir. Ayrıca Mahkeme, Kanunun "*Katılanın yargılamadaki hakları*" başlıklı 397. maddesinin katılana belirli haklar tanıdığını, ancak bu hakların hangi amaca yönelik kullanılacağına dair herhangi bir sınırlama öngörülmediğini, Kanun'un 400. maddesinde katılanın kanun yolu başvurusuna ilişkin getirilen sınırlamanın ise özel bir düzenleme olduğunu, bu düzenlemeden hareketle katılma yetkisine ilişkin bir çıkarsamanın yapılamayacağını, katılma yetkisi ile kanun yoluna başvurunun birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini, böylece bir taraftan suçtan zarar görenin katılma talebi kabul edilebilir iken, diğer taraftan kanun yolu başvurusunun geçersiz kabul edilebileceğini vurgulamıştır.<sup>33</sup>

Kanaatimizce, katılmaya konu suçtan doğrudan zarar görmek CMK m 237/1 hükmü doğrultusunda katılan sıfatının kazanılması için aranan bir ön koşul olmakla birlikte,<sup>34</sup> "zarar görme" ifadesinin katılma açısından salt edilgen bir durumu temsil ettiği açıktır. Dolayısıyla, bahsi geçen ön koşulun gerçekleşmesi bakımından suçtan

<sup>30</sup> Tobias Kulhanek, "Nebenklage mit dem Ziel eines Freispruchs", Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararının değerlendirmesi, (2020) Neue Juristische Wochenschrift 3400.

<sup>31</sup> Schleswig Yüksek Eyalet Mahkemesi, 248-254, 256-257/99, 2.8.1999, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 15 Ağustos 2022).

<sup>32</sup> Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 214/20, 1.9.2020 kn 6, <https://http://juris.bundesgerichtshof.de> (erişim tarihi: 25 Ağustos 2022).

<sup>33</sup> Ibid kn 8.

<sup>34</sup> Katılan sıfatının kazanılması için aranan bir diğer ön koşul katılma ehliyetidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre: "*Ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücü; kişinin kamu davasına katılma veya katılmamanın doğuracağı hukuki sonuçları algılayıp makul bir seçimde bulunabilmesidir. Davaya katılma bakımından ayırt etme gücü, mağdurun yaşı ve ayırt etme gücüne etki eden kişisel durumu kadar, mağdura karşı işlendiği iddia olunan suçun özellik ve niteliği ile de ilgilidir. Medeni Kanun'da ayırt etme gücü bakımından asgari bir yaş sınırı gösterilmediği gibi Ceza ve Ceza Usul Kanunlarımızda da gerek katılma, gerekse katılma ile bağlantılı kurumlar olan şikâyet ve rıza bakımından da asgari bir yaş sınırı kabul edilmemiştir. ... Bu düzenlemelerden de hareketle ve bu konuda uygulamada oluşan tereddütlerin giderilip yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için, herhangi bir malullüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara ilişkin olarak beyanda buldukları tarihte 15 yaşından küçük olmaları hâlinde ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, 15 yaşından büyük olmaları hâlinde ise bu yeteneğe sahip oldukları kabul edilmelidir.*" E 2020/369 K 2021/244, 2.6.2021, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

doğrudan doğruya zarar görmüş olmak yeterli olup, ayrıca sanığın cezalandırılması yönündeki bir iradenin ortaya konulması aranmamaktadır.

### C. Katılmanın Amacı Yönünden

Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunlarının katılanın hak ve yetkilerini düzenleyen ilgili hükümlerinde, katılanın iddia makamında konumlandırıldığına ve yalnızca sanık aleyhine faaliyette bulunabileceğine dair açık bir ifade bulunmadığından, bu yöndeki görüşler çoğunlukla katılma müessesesinin amaçları çerçevesinde ortaya konulmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde katılmanın; kamu adına denetim ve katılan açısından yargılamada şeffaflığın sağlanması, tatmin edilme ve aktif konum ile rehabilitasyon, kendi görüşlerini ortaya koyma ve mağdurun korunması ile ikincil mağduriyetin önlenmesi, şeklinde sınıflandırdığımız amaçları çerçevesinde konu irdelenecektir.

### 1. Kamu Adına Denetim ve Katılan Açısından Yargılamada Şeffaflığın Sağlanması

Katılmanın, gerçeğin yeniden inşa edildiği ceza yargılamasında kamusal menfaatler açısından denetim fonksiyonunu yerine getirdiği kabul edilmektedir. Savcılık makamı veya mahkemelerin, farklı sebeplerle (örneğin, diplomatik veya politik) maddi gerçeğe ulaşmada çekimser tutum sergiledikleri hallerde, katılma müessesesinin kamu davasının mecburiliği (kovuşturma zorunluluğu) prensibini garanti altına aldığı ifade edilmektedir.<sup>35</sup>

Bugün hem Türk hem de Alman Öğretisinde birçok yazar katılanın savcıcı denetleme işlevine vurgu yapmaktadır.<sup>36</sup> Gerçekten kanun koyucu, katılana, savcının kovuşturma evresinde kamu adına iddia görevini yeterli istek ve özenle yerine getirmediğine ilişkin ithamlarda bulunmasını önleyebilecek birçok hak ve yetki sağlamıştır.<sup>37</sup> Ancak, Ülkemiz koşullarında, adli makamların mevcut iş yükü ve kurumsal eksiklikler nazara alındığında, savcının her suç iddiasını gerekli ve yeterli bir ölçüde soruşturmasının ve aynı özenle kovuşturmaya iştirak etmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir. İşte bu noktada katılanın, kendisine tanınan hak ve yetkiler vasıtasıyla adil bir muhakemenin gerçekleşmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkması için savcıcı desteklemesinin, ama aynı zamanda onu denetleyerek gerektiğinde kendi çıkarları doğrultusunda etki ve müdahalelerde bulunmasının mümkün olduğu

<sup>35</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 4.

<sup>36</sup> Bahri Öztürk ve Diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. bs, Seçkin Yayıncılık 2020) 243; Centel ve Zafer (n 5) 1019; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 5) 249; Koç (n 6) 51-53; Onursal (n 5) 28; Ünver ve Hakeri (n 3) 698. Alman Hukukunda, Beulke (n 10) 323; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (27. bs, Verlag C.H. Beck 2012) 521; Hellmann (n 11) 345; Rüping (n 12) 236.

<sup>37</sup> Beulke (n 10) 323.

belirtilmektedir.<sup>38</sup> Ayrıca, denetim amacı bu işlevle de sınırlı değildir. Katılma, yargılamanın hatasız bir şekilde yürütüldüğü hallerde, arzu edilmeyen sonuçların adli makamların isteksiz tutumlarına dayanmadığını da ortaya koyabilmektedir.<sup>39</sup>

Kanaatimizce katılmanın denetim amacı, ilk derece yargılaması veya savcılık makamının faaliyet alanı ile sınırlı olarak değerlendirilememelidir. Katılan, kendisine tanınan kanun yoluna başvuru hakkı ile denetim muhakemesi yoluna başvurabilmekte, böylelikle savcılık makamını denetleme işlevini yerine getirmenin yanı sıra, ilk derece ve koşulları varsa istinaf yargılamasından kaynaklanan hukuka aykırılık iddialarını veya çıkar çatışmalarını bir başka bağımsız merci önüne taşıyabilmektedir.<sup>40</sup> Nitekim suçtan zarar görenin kamu davasına katılma motivasyonunu oluşturan iki önemli etkenin; delil ikame edip, tartışılmasına katılabilme ve verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurabilme olduğu ifade edilmektedir.<sup>41</sup>

Alman Öğretisinde ise kamu adına denetim amacının, katılma müessesesinin öncelikli amacı olarak nitelendirilemeyeceği, böyle bir amacın yalnızca kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz usulü çerçevesinde mahkeme kararı ile kamu davasının açılmasına olanak sağlayan kişiler bakımından (AlmCMK m 395/2-2) söz konusu olabileceği belirtilmektedir.<sup>42</sup> Bunun yanı sıra, mevcut yasal düzenlemeler karşısında katılma kurumu bakımından kontrol amacının değil, aksine korunmaya ihtiyacı bulunduğu görülen suçtan zarar görenin şahsi çıkarlarının ön planda olduğu da ileri sürülmektedir.<sup>43</sup>

Gerçekten suçtan zarar görenin kamu davasına katılan sıfatıyla müdahil olması kanuni bir zorunluluk değildir. Suçtan zarar gören kişi kamu davasına katılabileceği gibi, katılmama tercihinde de bulunabilir.<sup>44</sup> Dolayısıyla, suçtan zarar görenin kamu davasına katılmak, böylelikle aktif olarak muhakemeye yön vermek ve kamu adına denetim amacını yerine getirmek şeklinde kanuni bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca katılan, kamusal iddia makamı olan savcılık makamı ile organik bir bağ içerisinde bulunmadığı gibi, savcılık makamından farklı olarak kamusal yarar ve dengeleri gözetmekle de mükellef değildir.<sup>45</sup> Katılan, kamu adına iddia makamını oluşturan savcılık makamından bağımsız bir muhakeme süjesi olarak bireysel çıkarları doğrultusunda hareket edebilme imkânına sahiptir.

<sup>38</sup> Koç (n 6) 53.

<sup>39</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 4.

<sup>40</sup> Şahin ve Göktürk (n 5) 135.

<sup>41</sup> Karakehya (n 26) 503.

<sup>42</sup> Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 1.

<sup>43</sup> Brian Valerius, “§ 395 - § 402”, in Knauer C, Kudlich H ve Schneider H (eds), Münchener Kommentar zur StPO, Band III §§ 333-499 (1. bs, Verlag C.H. Beck 2019) § 395 kn 6.

<sup>44</sup> Yargıtay CGK, E 2013/287, K 2014/273, 20.5.2014: “Davaya katılma mağduru hukuken yükümlülük altına sokan bir işlem olmayıp mağdurun haklarının korunması açısından yararınadır.”, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 05 Eylül 2022).

<sup>45</sup> Koç (n 6) 20.

Öte yandan suçtan zarar görenin, müdahale yoluyla katıldığı kamu davasında bireysel iddia makamı olarak kendisine tanınan hak ve yetkileri kullanmak suretiyle savcılık makamına yardım işlevini yerine getirdiği dile getirilmektedir.<sup>46</sup> Fakat katılanın, savcılık makamının yardımcısı olarak kabulü mümkün değildir, zira kamu davasına müdahil olduktan sonra katılan yargılamada kendi hak ve yetkilerini haiz ve savcılık makamından bağımsız bir süje konumunu elde etmektedir.<sup>47</sup> Dolayısıyla, ceza yargılaması vasıtasıyla kamu adına ulaşılmak istenilen yarar ile katılanın meşru bireysel çıkarları örtüştüğü ölçüde katılan iddia makamına destek ve yardımcı olmayı tercih edebilecek, aksi durumda ise çıkar çatışması gündeme gelecektir.

Son olarak, katılma müessesesinin bir diğer amacının, duruşma ve diğer muhakeme işlemlerinde hazır bulunma ve dosyayı inceleme hakkı vasıtasıyla suçtan zarar gören için yargılamanın şeffaflığını sağlaması olduğu vurgulanmaktadır.<sup>48</sup> Bu amaç aslında katılana tanınan hak ve yetkilerin doğal bir sonucudur. Yargılamada katılan açısından şeffaflığın sağlanmasının, katılanın yalnızca sanık aleyhine faaliyette bulunabileceği ve onun cezalandırılmasını isteyebileceği şeklindeki bir çıkarıma dayanak oluşturmayacağı düşüncesindeyiz.

## 2. Tatmin Edilme ve Aktif Konum Vasıtasıyla Rehabilitasyon

Katılma müessesesinin, suçtan zarar görenin, suçlunun tespiti, yargılanması ve cezasının belirlenmesi süreçlerine aktif katılımını sağladığı, böylelikle intikam duygularını tatmin ettiği ve şahsi öç alma yollarına başvurmasını engellediği kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

Alman Hukukunda suçtan zarar görenin katılmadaki amacını, koşulsuz olarak kişisel öç alma menfaatine dayandıran anlayış eleştirilmekte, cezanın ve dolayısıyla katılmanın asli işlevinin mağdurun öç alma arzusunun tatmin edilmesi olmadığı vurgulanmaktadır. Bu kabulün bir sonucu olarak AİCMK m 400/1’de katılana, kararın salt hukuki sonuçlarına yönelik olarak (*bir başka yaptırıma hükmedilmesi amacıyla*) kanun yoluna başvuru hakkı tanınmadığına işaret edilmektedir.<sup>50</sup> Dolayısıyla, katılma müessesesi ile hedeflenen amacın ağırlık noktasını mağdurun kişisel intikam arzularının tatmini oluşturmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, katılmanın asli amaçlarından birinin de sanığın cezalandırılması olduğu kabul edilse dahi, bu durum katılmanın öç alma amacına hizmet ettiği sonucunu ortaya çıkarmayacaktır.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Donay (n 5) 368; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. bs, Beta Yayıncılık 2010) 388.

<sup>47</sup> Hilger (n 9) Vor § 395 kn 2; Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung, Kommentar* (51. bs, Verlag C.H. Beck 2008) Vor § 395 kn 2; Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 3; Velten (n 9) Vor § 395 kn 2; Volk ve Engländer (n 10) 251.

<sup>48</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 9.

<sup>49</sup> Karakeyha (n 5) 499, 500; Onursal (n 5) 24, 28; Soyaslan (n 5) 498.

<sup>50</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 6.

<sup>51</sup> Gülfem Pamuk, *Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam Olarak Yeri* (1. bs, Beta Yayıncılık 2012) 149.

Katılma müessesesinin şahsi ölç almaya değil, katılanın yargılama neticesinde sanığın mahkûm edilmesine yönelik menfaatlerinin tatminine hizmet etmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>52</sup> Bu amacın gerçekleşmesi için de suçtan zarar görenin, aktif olarak rol aldığı yargılamanın sonucunu etkileyebilme ve zararını inkâra veya önemsizleştirmeye yönelik faaliyetlere karşı kendisini savunabilme imkânına sahip olması gerekmektedir.<sup>53</sup>

Katılanın kanun yollarına başvuru hakkının düzenlendiği Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 400. maddesinde, 18.12.1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu (*das Opferschutzgesetz*) vasıtasıyla yapılan değişikliğin gerekçesinde, suçtan zarar görenin öncelikli meşru menfaatinin, katılma yetkisini sağlayan suç dolayısıyla sanığın hüküm giymesine yönelik olduğu ifade edilmiştir.<sup>54</sup> Aynı yönde Alman Öğretisinde bazı müellifler, katılanın sanığın cezalandırılması amacına sahip olması gerektiğini, sanığın beraatına yardımcı olmak şeklindeki bir amacın ise tatmin edilme amacıyla uyuşmayacağını ve dolayısıyla bu amaca yönelik bir katılma iradesinin geçersiz olacağını savunmaktadır.<sup>55</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında konuya ilişkin; “*Yargılanan her sanık beraat etmek, davaya katılanlar ise sanığın mahkûm olmasını isterler.*” şeklindeki açıklamaya yer vermiştir.<sup>56</sup> Söz konusu bakış açısına göre, suçtan zarar gören, katılma yoluyla sanığın cezalandırılmasına yönelik iradesini ortaya koymakta ve bu yolla sanığı suçlamak hakkını elde etmektedir.<sup>57</sup>

Özellikle ağır suç mağdurlarının, yalnızca failerin ortaya çıkartılarak cezalandırılması veya zararlarının tazmini ile ilgilenmedikleri, aynı zamanda yargılamada etkin bir rol üstlenmek istedikleri sıklıkla karşılaşılan bir gerçektir. Bu yönüyle katılma, suçtan zarar görenin kişisel ölç peşinde koşmasının önlenmesi açısından önem arz edebilir.<sup>58</sup>

Öte yandan, suçtan zarar görene ceza yargılamasında tanınan aktif statü, onun rehabilite edilmesini de mümkün kılabilir. Mağdur, suç nedeniyle yabancı menfaatlerin bir objesi haline gelirken, yargılamaya aktif katılımı bu rolü terk

<sup>52</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1491/91, 2.2.1993, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 4 Eylül 2022); Beulke (n 10) 323; Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Strafprozessrecht* (5. bs, Verlag C.H. Beck 2011) 218; Hellmann (n 11) 345; Roxin ve Schünemann (n 36) 521; Stöckel (n 9) Vor § 395 kn 1; Valerius (n 43) § 395 kn 4. Türk Hukuku'nda, Öztürk B ve Diğerleri, katılmanın misilleme ve tatmin etme ihtiyaçlarını aynı anlamda kullanmakla birlikte, bu ihtiyaçtan kamu davası vasıtasıyla suçtan zarar görenin kişisel ölç alma duygularının tatmin edilmesinin değil, aksine kamu davasının kontrolü ile keyfililiğin önüne geçilmesinin anlaşılmasını gerektiğini ifade etmektedir (n 36) 239 dn 70; Yurtcan (n 3) 728.

<sup>53</sup> Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 149/18, 7.6.2018, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 15 Ağustos 2022); Hilger (n 9) Vor § 395 kn 8; Meyer-Goßner (n 47) Vor § 395 kn 1; Volk ve Engländer (n 10) 251.

<sup>54</sup> BT-Drs. 10/5305, 15.

<sup>55</sup> Hilger (n 9) Vor § 395 kn 2; Meyer-Goßner (n 47) § 395 kn 1; Valerius (n 43) § 395 kn 39.

<sup>56</sup> Yargıtay CGK, E 2013/11-87, K 2013/245, 7.5.2013, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022).

<sup>57</sup> Ünver ve Hakeri (n 3) 316; Volk ve Engländer (n 10) 251.

<sup>58</sup> Beulke (n 10) 323; Centel ve Zafer (n 5) 1018; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 46) 388; Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 3. Cilt, Madde 227-335 (6. bs, Seçkin Yayıncılık 2015) 3313; Pamuk (n 51) 149.

etmesi imkânını sağlamaktadır. İşlenen suç, mağdurun bir birey olarak konumunun inkârı olarak kendisini gösterdiğinden, yargılamada ona verilen subjektif konum, mahkûmiyet halinde mağdurun rehabilitasyonu ve entegrasyonuna bir katkı olarak görülebilecektir.<sup>59</sup>

Tatmin edilme amacı, ceza yargılamasında katılanın sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına yönelik aktif bir rol üstlenebilmesi imkânı ile özdeşleştirilse de, kanaatimizce katılan açısından tatmin edilme amacını sağlayabilecek etkenin her durumda sanığın cezalandırılması isteği olduğu söylenemez. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararında kabul edildiği gibi, bir ebeveyn, kendisine karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işleyen çocuğunun sanık sıfatıyla yargılandığı davaya katılan sıfatıyla dâhil olarak, onun cezalandırılmasına değil, aksine kusur sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin hukuki ve fiili dayanaklar ileri sürmek suretiyle cezalandırılmamasına yönelik olarak da faaliyette bulunabilmelidir. Katılanın bir yargılama süjesi olarak kendisine tanınan bağımsız hak ve yetkileri hangi yönde kullanarak tatmin olacağı her zaman kendisinin tercih ve değerlendirme alanında kalan bir husus olup, katılma açısından yegâne ölçüt olarak dikkate alınmamalıdır. Aksi takdirde, somut olayda ebeveyn suçtan doğrudan doğruya zarar gören olmasına rağmen, yargılamaya katılan sıfatıyla dâhil olamayacağı gibi, sanıkla görünürdeki menfaat çatışması nedeniyle (Türk Medeni Kanunu m 426/1-2) kanuni temsilci sıfatıyla savunmayı doğrudan destekleme imkânından da mahrum kalmış olacaktır.<sup>60</sup> Bu durumda suçtan zarar gören ebeveynin rolü yalnızca tanıklık ile sınırlı kalacaktır. Oysa katılan savcı gibi davranmak zorunda olmadığı gibi, sadece sanığın cezalandırılmasını istemek zorunda da değildir. Katılanın ceza muhakemesinde tatmini, maddi gerçeğe ulaşma amacını tehlikeye düşürmeksizin ona yargılamada meşru çıkarlarını kendi istediği yönde ve ölçüde takip etme fırsatı sunulması ile gerçekleşecektir. Diğer bir ifadeyle, özü tamamen insani bir duygu olan “tatmine” ve özellikle manevi açıdan “iyileşmeye” dayanan bu amaca, katılanın kendisine tanınan hak ve yetkileri şahsi çıkarları doğrultusunda etkin bir şekilde kullanarak sanık lehine veya aleyhine olmak üzere özgürce değerlendirmelerini yapabilmesi ve kararlarını verebilmesi imkânının tanınması ile ulaşılabileceği düşüncesindeyiz.

<sup>59</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 8.

<sup>60</sup> Yargıtay CGK, E 2020/38, K 2020/516, 10.12.2020: “Suç tarihinde ve kovuşturma aşamasında 15 yaşını tamamlamayan yaşı küçük katılan mağdur adına kamu davasına katılma hakkının yasal temsilcisi olan velayet hakkının verildiği annesi sanık tarafından kullanılabilmesi, ancak mağdura yönelik işlendiği iddia olunan kasten yaralama suçunun sanığın da olduğu ve kanuni temsilci anne sanık ile mağdur arasında menfaat çatışması bulunduğu, bu hâlde mağdurun haklarının korunması bakımından Medeni Kanun'un 426. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işlem yapılarak mağdura kayyım atanması sağlanıp kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı belirlenmesi gereklidir. Bu işlemin hüküm verilinceye kadar yerine getirilmemesi durumunda ise mağdura kayyım atanması sağlanarak CMK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekçeli karar kayyımına tebliğ edilmelidir. Ancak Yerel Mahkemece mağdura kayyım atanması sağlanmamıştır.”, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 05 Eylül 2022).



### 3. Kendi Görüşlerini Ortaya Koyma

Katılma müessesesinin bir diğer amacının da, suçtan zarar görenin kamu davasına katılması suretiyle savcılık makamından bağımsız olarak kendi görüş ve delillerini ortaya koyma imkânını elde etmesi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, katılan hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında hem de eylemi ile zarar görmesine neden olan sanığın cezasının belirlenmesinde söz sahibi olabilecektir.<sup>61</sup>

Cezanın bir amacının da hukuk kurallarına riayet etmesine rağmen suça maruz kalan bireyler bakımından bozulan kural ve yükümlülük dengesinin tekrar sağlanması olduğu, bunun için de mağdura, mağduriyetine rağmen kurallara riayet etmeye devam etmesi gerektiğinin anlamlı olacağına gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda ceza, öncelikle hukuk düzeninin kimin tarafında olduğunu ortaya koymalıdır ki, bu nedenle mağdura katılan statüsü verilmekte ve faile hatalı davranışı isnat edilmektedir. İkinci olarak ceza, cezalandırma sonrasında failin davranışının objektif açıdan anlamsızlığını gözler önüne sermek suretiyle bozulan hak ve yükümlülükler dengesini tekrar sağlamalıdır. Cezanın amacına yönelik bu düşünceler, katılma müessesesinin amacını ve mağdura geniş anlamda hukuki dinlenme hakkı sağlanmasını meşrulaştırmaktadır. Bu çerçevede, katılanın yargılamaya kendi bakış açısını yansıtmasının sağlanması, ayrıca ona bilgi edinme, aydınlatılma, açıklamada bulunma, soru sorma ve delillerini ortaya koyma haklarının sağlanması gerekmektedir.<sup>62</sup>

Türk Öğretisinde bir görüş, katılanın ceza muhakemesinde kendi görüşlerini ve delillerini ortaya koyabilmesi sayesinde çelişmeli muhakemenin daha sert ve yoğun gerçekleşeceği, kolektif yargılamanın sağlanacağı, maddi gerçeğin daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı ve fail hakkında verilecek cezada katılanın etkin bir rol oynayabileceği yönündedir.<sup>63</sup> Aksi görüşteki bazı müellifler ise katılma müessesesine ihtiyaç bulunmadığını, katılanın taraf sıfatıyla muhakemeye sağlayacağı yardımın aldatici olabileceğini, bu bağlamda, örneğin, sanığın suçsuz olduğunun anlaşıldığı ve savcının bu nedenle beraatını talep ettiği bir aşamada, katılanın konumu gereği sanığın cezalandırılması yönünde ısrar edebilmesinin ceza davasının ciddiyeti ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Karakeyha (n 5) 499.

<sup>62</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 7.

<sup>63</sup> Karakeyha (n 5) 499; Yaşar ve Otacı (n 58) 3313; Yenidünya ve İçer (n 5) 777, 778; Yurtcan (n 3) 728.

<sup>64</sup> Erem (n 3) 663, 664. Benzer gerekçelerle katılmanın sınırlandırılması ve sadece belli suçlarda kabul edilmesi yönünde bkz Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 178. Onursal ise savcının, sanığın beraatını istediği ve mahkemenin de beraat kararı verdiği durumlarda, katılanın sanığın suçluluğunu iddia edip cezalandırılması amacıyla kanun yoluna başvurmasının inatçı tutuma bağlanmaması gerektiğini, katılanın ceza mahkemesinin suç vasfı görmediği haksız fiili en iyi bilen kişi olduğunu, dolayısıyla olayın gereği gibi aydınlatılmadığı kanaatinde olup, verilen karardan tatmin olmayabileceğini ifade etmektedir, (n 5) 29.

Belirtmek gerekir ki, savcılık makamından farklı olarak katılan objektif davranma yükümlülüğü altında değildir.<sup>65</sup> Dolayısıyla katılan, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla sanığın lehine veya aleyhine olan delillerin toplanması için çaba göstermek zorunda değildir.<sup>66</sup> Zira katılan, yargılamada kendi çıkarlarını korumak amacı taşır.<sup>67</sup> Ancak, bu ayırmadan hareketle savcının sanığın hem lehine hem de aleyhine, katılanın ise yalnızca aleyhine faaliyette bulunabileceği sonucunu çıkarmak isabetli olmayacaktır.

Makam ve şahıs itibarıyla muhakeme süjesi olan katılan, suçtan zarar gören olarak tek başına ceza davası açıp kovuşturmayı harekete geçiremeye de, Kanunda kendisine tanınan hak ve yetkileri kullanırken tam bir bağımsızlığa sahiptir.<sup>68</sup> Bu bakımdan katılanın, sanık ve savcıdan bağımsız, muhakemenin bir diğer tarafını oluşturduğu da söylenebilir. Nitekim katılan ve savcının birbirinden farklı savlara dayanmaları ve taleplerde bulunmaları mümkündür.<sup>69</sup> Örneğin, savcı sanığın cezalandırılmasını isterken, katılan kendisine karşı işlenen yargılama konusu suçun failinin sanık olmadığını da ileri sürebilir. Sonuç olarak, katılanın yargılamaya kendi görüş ve savlarını ne şekilde yansıtacağı kendi tercih ve değerlendirme alanında kalmaktadır.

#### 4. Mağdurun Korunması ve İkincil Mağduriyetin Önlenmesi

Katılma müessesesinin, öncelikli olarak failin cezalandırılmasını değil, suçtan zarar görenin yargılama esnasında tekrar mağdur edilmekten korunmasını amaçladığı sıklıkla dile getirilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre de “*katılma, ceza muhakemesinde mağduru, suçtan zarar göreni ya da malen sorumlu olanları koruma araçlarından birisidir*”.<sup>70</sup> Suçtan zarar görenin yargılama esnasında mağdur edilmesi tehlikesi, katılana yönelik kişisel saldırılar, aşağılayıcı açıklamalar, kusur atfedilmesi veya uyuşmazlık konusu vakianın çarpıtılması suretiyle gündeme gelebilir. Nitekim öğretide, savcının kişi olarak ve görevi gereğince tarafsız olması gerektiğinden, mağduru tam ve gerçek anlamda korumasının mümkün olmadığı, bu nedenle de mağdur makamının oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>71</sup> Bu anlamda, katılana tanınan hak ve yetkiler, ona yargılamayı aktif katılımı ile etkileyebilme imkânı tanıyarak, yargılama sürecinde tekrar mağdur rolüne düşmekten korur. Böylelikle katılan, olay sürecini kendi bakış açısına göre tasvir edebilir ve sanığın sorumluluk isnatlarına karşı kendisini savunabilir.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 1.

<sup>66</sup> Ünver ve Hakeri (n 3) 698.

<sup>67</sup> Yurtcan (n 3) 728.

<sup>68</sup> Karakehya (n 26) 168.

<sup>69</sup> Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 177.

<sup>70</sup> Yargıtay CGK, E 2013/287, K 2014/273, 20.5.2014, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 05 Eylül 2022).

<sup>71</sup> Özen (n 3) 247.

<sup>72</sup> Valerius (n 43) § 395 kn 5.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Katılanın Hakları" başlıklı 239. maddesine ilişkin Hükümet Tasarısı Gerekçesinde; söz konusu tasarının dayandığı temel ilkelerden birisinin de mağdurun korunması olduğu, avukat yardımına ilişkin ilgili hükümlerle de suç ile mağdur edilen kimselerin bir de yargılamada mağdur olmalarının önüne geçecek bir tedbir oluşturulmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.<sup>73</sup> Bu bağlamda, katılanın tanık sıfatıyla dinlenmesi aşamasında, avukatı da müvekkilinin haklarını koruyabilecek *örneğin*, savunmanın katılanı sindirme teşebbüslerine karşı koyabilecek veya uygun olmayan sorulara itiraz edebilecektir.<sup>74</sup>

Katılanın ikincil mağduriyetten korunması ile mağdurdan maddi gerçeğin bulunmasında yararlanmanın olumsuz sonuçlarının önlenmesinin amaçlandığı da ifade edilmektedir. Bu koruma, bir taraftan ölçülülük ilkesine, diğer taraftan mağdurun maddi gerçeğin bulunması amacına feda edilmesi yasağına dayanmaktadır. İlk perspektif, maddi gerçeğe ulaşma amacını zedelemeksizin mağdurun daha etkin korunmasına katkı sağlayacak zorunlu tüm tedbirlerin alınmasını gerekli kılarken, ikinci perspektif, maddi gerçeğe ulaşma amacı uğruna mağdur hak ve yetkilerinin bertaraf edilmesini önlemektedir.<sup>75</sup>

18.12.1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu (*das Opferschutzgesetz*) Gerekçesinde de, yeniden yapılandırılan katılma kurumu ile kriminolojik ve viktimolojik verilere göre özellikle korunmaya ihtiyacı bulunduğu görülen bir kısım suçtan zarar görenin kamu davasının açılmasından itibaren tüm yargılamayı kapsayacak şekilde geniş hak ve yetkilerle donatıldığı, böylelikle katılana yargılamaya aktif olarak katılması ve açıklamada bulunarak, soru sorarak, dilekçe sunarak ve gerekirse kanun yoluna başvurarak yargılamanın sonucuna etki edebilme imkânı tanındığı açıklanmıştır.<sup>76</sup> Ancak, katılmanın diğer amaçlarında olduğu gibi koruma amacı bakımından da sanığın cezalandırılmasına yönelik faaliyette bulunmanın bir ölçüt olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bugün için katılanın, kendisine tanınan geniş hak ve yetkileri kullanmak suretiyle ceza yargılamasında aktif bir rol edinmesinin, büyük ölçüde koruma amacına dayandığı yadsınamaz bir gerçektir. Bununla birlikte katılanın, devletin sağladığı bu bağımsız konum çerçevesinde, şahsi çıkarlarını en olumlu şekilde nasıl savunulacağı sorusunun cevabı ise her zaman kendisinin özgür tercih ve değerlendirme alanında kalmaktadır. Bu anlamda ikincil mağduriyet tehlikesi, katılanın hak ve yetkilerini yalnızca sanığın cezalandırılmasına yönelik kullanamaması değil, aynı zamanda bu tehlikeden bahisle faaliyet alanını özgürce belirleme imkânından mahrum bırakılması halinde de söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, mağdurun korunması amacı, katılanın faaliyet alanını bir kısıtlama aracı olarak görülmemelidir.

<sup>73</sup> Yaşar ve Otacı (n 58) 3438, 3439.

<sup>74</sup> Hellmann (n 11) 345.

<sup>75</sup> Velten (n 9) Vor § 395 kn 10.

<sup>76</sup> BT-Drs. 10/5305, 11.

### 5. Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 Tarihli ve 214/20 Sayılı Kararında Katılma Müessesesinin Amacı

Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararına konu olayda; on dört yaşındaki sanık, bakımından sorumlu ebeveynlerini uykularında bıçaklayarak öldürmeye teşebbüs etmiş ve ağır yaralamıştır. Ebeveynler, sanık hakkında kamu davası açılırken katılan sıfatıyla yargılama katılma talebinde bulunmuşlar ve Eyalet Mahkemesi bu taleplerini verdiği kararla kabul etmiştir. Katılanların, sanığın kusur sorumluluğunun bulunmadığına yönelik çok sayıda dilekçe sunmasının akabinde ise Mahkeme katılmanın kabulüne dair kararını kaldırmış ve katılanlar yargılamanın kalan kısmına katılmamıştır. Mahkeme söz konusu kararında, katılanların sanığın beraatına karar verilmesi amacıyla faaliyette bulunmalarını ve böyle bir durumda Kanun'da katılmaya yetkili sayılan kişiler için de katılma yetkisinin söz konusu olamayacağını gerekçe göstermiştir. Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara karşı katılanlar şikâyet yoluna gitmiş ancak sonuç alamamıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi ise yapılan başvuru üzerine yaptığı incelemede şikâyet konusuna değinmemiş ve karar verilmesine lüzum görmemiştir.<sup>77</sup>

Alman Federal Mahkemesi ise katılma müessesesine ilişkin düzenlemelerde katılanın takip etmesi gereken amaca yönelik herhangi bir koşulun bulunmadığını, ayrıca Kanunun Gereğesinde de bu yönde bir açıklamaya yer verilmediğini, aksine Federal Kanun Taslağında *“başkaca bir koşul olmaksızın”* (BT-Drs. 10/5305, 12) ifadesinin yer aldığını belirtmiştir.<sup>78</sup> Ayrıca Mahkeme, katılanın konumunun iddia makâmı ile sınırlandırılmayacağına, kendisine tanınan bağımsız konum ile adli makamların inisiyatifinde bulunan maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğüne katkı sağlama imkânına sahip olduğuna, 18.12.1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu (*das Opferschutzgesetz*) ile birlikte katılma yargılamasında kabul edilen önceki anlayış olan “ikili iddia rolünden” vazgeçildiğine ve artık katılmanın yapısı gereği failin cezalandırılmasını hedeflemesinin bir ölçüt olmadığına vurgu yapmıştır.<sup>79</sup>

Federal Mahkeme konuyu yalnızca yürürlükteki hükümler açısından değerlendirmemiş, katılmanın amacı bakımından da birtakım açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, katılmanın amacı, katılma yetkisinin kısıtlanması için bir dayanak oluşturmamaktadır. Katılan, öncelikli olarak korunmasına hizmet etmesi amacıyla bütün yargılama sürecine kapsamlı bir şekilde katılma yetkisiyle donatılarak yargılamaya aktif olarak yön verebilme, bu bağlamda, açıklamalarda bulunma, soru sorma, dilekçe sunma ve gerektiği takdirde kanun yoluna başvurma yoluyla yargılamanın sonucuna etki edebilme, olaya ilişkin görüşlerini ve uğradığı zararı ortaya koyabilme ve çıkarlarını etkin olarak savunabilme imkânına kavuşmuştur.

<sup>77</sup> Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 214/20, 1.9.2020 kn 2, [https:// http://juris.bundesgerichtshof.de](https://http://juris.bundesgerichtshof.de) (erişim tarihi: 25 Ağustos 2022).

<sup>78</sup> Ibid kn 11.

<sup>79</sup> Ibid kn 9.

Katılanın, çıkarlarını en etkin biçimde nasıl savunulacağı ise bağımsız haklarla donatılan bir yargılama süjesi olarak her zaman kendisinin tercih ve değerlendirme alanında kalmaktadır.<sup>80</sup>

Sonuç olarak Federal Mahkeme, katılma yetkisinin, katılanın sanığın beraatı yönünde faaliyet göstermesinden bağımsız olarak devam edeceğine ve bu sonucun Federal Mahkemenin önceki içtihatları ile de uyumlu olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>81</sup>

Görüüleceği üzere Alman Federal Mahkemesi, gerek normatif gerekse katılma müessesesinin amacından yola çıkarak yapmış olduğu değerlendirmede, katılanın bağımsız bir muhakeme süjesi olarak hak ve yetkilerle donatıldığını, katılanın bu hak ve yetkileri kendi istek ve çıkarları doğrultusunda özgürce kullanabileceğini, Kanun'da katılma için öngörülen koşullar dışında katılanın faaliyetlerinin amaç yönünden herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacağını, Kanun Gereğesinde de aksi yönde bir açıklama bulunmadığını, dolayısıyla katılanın yargılamada sanık lehine faaliyette bulunabileceğini ve katılanın bu faaliyetlerinin katılmanın amaçlarına da ters düşmediğini kabul etmiştir.

#### D. Şikâyet Koşulu Yönünden (CMK m 237/1, m 238)

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesinin 1. fıkrasında, *“Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.”* ve 238. maddenin 2. fıkrasında *“Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur.”* şeklindeki hükümlere yer verilme suretiyle, ceza yargılamasında kamu davasına katılma şikâyet koşuluna bağlanmıştır.

Suçtan zarar görme koşulu bakımından edilgen bir duruma karşılık gelen “zarar görme” halinin tespiti kanaatimizce yeterli olmakta iken, CMK m 237/1 ve m 238'de öngörülen şikâyet koşulu açısından ilgilinin şikâyeti ile katılma iradesini açık ve aktif bir davranışla ortaya koyması gerekmektedir. *“Şikâyet”* kavramı Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlükte; *“Hoşnutsuzluk belirten söz veya yazı, sızlanma, sızıltı, yakınma, yakıntı”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>82</sup> Kelime anlamı itibarıyla şikâyetin, olumsuz (menfi) bir durumun dış dünyaya çeşitli davranışlarla yansıtılmasını ifade ettiği söylenebilir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku açısından kavram, şikâyete bağlı suçlar açısından örneğin, CMK m 158 ve TCK m 73'de olduğu gibi teknik bir anlama karşılık geldiği gibi, CMK m 237 ve m 238'de olduğu gibi salt menfi yönde

<sup>80</sup> Ibid kn 10.

<sup>81</sup> Ibid kn 12.

<sup>82</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi: 05 Eylül 2022).

olup yakınma içeren bir irade beyanını ifade etmek üzere de kullanılmaktadır. Bugün Türk Öğretisinde hâkim görüş, katılma usulü açısından kanun koyucunun madde lafzında yer verdiği şikâyet ifadesinin, teknik anlamda kullanılmadığı, yalnızca suçun failinin cezalandırılmasına ve kamu davasına katılmaya yönelik irade beyanına karşılık geldiği yönündedir.<sup>83</sup> Dolayısıyla, katılma talebine konu suçun şikâyete tabi olup olmaması katılma açısından bir fark oluşturmamaktadır.<sup>84</sup>

Sonuç olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda kamu davasına katılma için suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olmak yeterli olmamakta, aynı zamanda hak sahibinin katılma iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Bu irade, katılmaya konu suç ve failine yönelik şikâyet (yakınma) ile yargılama sürecine dâhil olarak, muhakemeye aktif bir şekilde yön verebilme isteğini içermelidir. Bu bakımdan, sanığın aleyhine sonuç doğurması amacıyla deliller ileriye sürme, soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunma, tanık gösterme gibi faaliyetlerin de yargılamaya katılma iradesini ortaya koyabileceği ifade edilmektedir.<sup>85</sup> Ancak, muhteviyatı itibarıyla katılmaya konu suç ve failine ilişkin yakınma içermeyen, aksine sanık lehine sonuç doğurması muhtemel talepleri ihtiva eden bir katılma iradesi şikâyet koşulunu sağlamayacaktır. Bu kabulden hareketle, suçtan doğrudan zarar görenin işlenen suç ve failine ilişkin hiçbir yakınmayı içermeyen, “davaya katılmak istiyorum” şeklindeki beyanı katılma açısından yeterli olmayacaktır. Böyle bir talebin ilgili mahkemece kabul edilmesi de katılana sanık lehine faaliyette bulunma olanağı vermeyecek, aksine katılmanın kabulüne yönelik kararın kaldırılması sonucunu doğurabilecektir. Aynı şekilde, katılanın şikâyet koşulunu gerçekleştirmesi ve katılan sıfatını elde etmesinin akabinde sanığın beraatı yönünde faaliyette bulunması ve beraatını istemesi halinde, katılmadan vazgeçme söz konusu olacaktır.<sup>86</sup>

CMK m 237 ve m 238’de katılma talebi bakımından aranan şikâyet koşulunun, katılanın yargılamada sanık lehine faaliyette bulunması imkânını ortadan kaldırdığı söylenebilir. Bu koşul, aynı zamanda Türk ve Alman Hukuku’nda katılanın faaliyet alanına ilişkin temel farkı oluşturmaktadır. Çünkü Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 396. maddesinde katılma iradesinin varlığı için şikâyet aranmamış, yalnızca katılma beyanının mevcudiyeti yeterli görülmüştür.

Kanaatimizce, Alman Kanun Koyucunun aksine Türk Kanun Koyucu “şikâyet” koşuluyla, çeşitli hak ve yetkilerle donatarak savcıdan bağımsız bir muhakeme süjesi olarak tanıdığı katılanı iddia makamında konumlandırmış ve böylelikle faaliyet

<sup>83</sup> Centel ve Zafer (n 5) 1029; Donay (n 5) 370, 371; Erem (n 3) 665; Kazaker (n 6) 121; Koca (n 25) 11; Koç (n 6) 147; Soysalan (n 5) 499; Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 181; Ünver ve Hakeri (n 2) 316; Yurtcan (n 3) 729.

<sup>84</sup> Koca (n 25) 11; Ünver ve Hakeri (n 3) 316. Özbek, Doğan ve Bacaksız’a göre, kanun koyucunun katılma talebi açısından tercih ettiği şikâyet ifadesi isabetli olmamıştır, zira burada söz konusu olan teknik anlamda şikâyet değildir. Madde lafzında bu ifadeye yer verilmesi, katılmanın yalnızca şikâyete tabi suçlarda mümkün olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Oysa katılma her suç açısından mümkündür., (n 26) 583.

<sup>85</sup> Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 181.

<sup>86</sup> Onursal (n 5) 23.

alanını yalnızca sanık aleyhine olmak üzere sınırlandırmıştır. Dolayısıyla, katılmanın amaç ve fonksiyonları açısından ortaya koyulan aksi görüşün Türk Hukukunda bugün için uygulanabilirliği güçtür.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu istikrarlı kararlarında katılanı, savcının yanında konumlandırmaktadır. Mahkeme'ye göre; *“Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların kanunun kendilerine tanıdığı hak ve yetkileri haiz olarak davada Cumhuriyet savcısının yanında yer almasına öğreti ve uygulamada ‘Davaya katılma’ veya ‘Müdahale’ denilmekte, davaya katılma talebinin kabul edilmesi hâlinde ise davaya katılma isteminde bulunan kişi ‘Katılan’ ya da ‘Müdahil’ sıfatını almaktadır.”*<sup>87</sup> Bu bakımdan, katılma yoluyla, iddia faaliyetinin devlet-birey işbirliği çerçevesinde yürütüldüğü<sup>88</sup>, katılanın savcıyla birlikte iddia makamını işgal ettiği,<sup>89</sup> hatta savcının yetkilerini kullandığı<sup>90</sup> dile getirilmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka husus, katılma iradesi bakımından aranan şikâyetin kapsamına ilişkindir. Örneğin, katılanın yargılama konusu eyleme ilişkin yakınması bulunmakla birlikte, bu eylemi gerçekleştirenin sanık olmadığını ileri sürmesi ve dolayısıyla beraatına yönelik faaliyette bulunması mümkün olabilecek midir? Ceza kovuşturmasına konu eylem ile failin birbirinden ayrı olarak ele alınamayacağı, aksine iddianamede hem fiil hem de fail üzerinden tasvir edilen eylemin bütünlük arz ettiği kabul edildiği takdirde bu soruya olumsuz cevap vermek icap edecektir.<sup>91</sup> Kanaatimizce de, ceza yargılamasının konusunu oluşturan hukuki vakia, fiil ve failden oluşan bir bütünlük arz etmekle birlikte, yargılama konusu vakıyı en iyi bilen, eylemin doğrudan zarar göreni olan katılanın, salt suçun gerçek faili olmadığını düşündüğü sanığın beraatı yönünde faaliyet gösterdiği için maddi gerçeğe ulaşma amacından soyutlanması isabetli olmayacaktır. Çünkü böyle bir durumda katılanın amacı, aslında sanığın beraat etmesini değil, suçun gerçek failinin ortaya çıkarılmasını ve dolayısıyla yargılamadaki subjektif hak ve çıkarlarını korumayı sağlamak olacaktır.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında, katılanın kendi bakış açısına göre haksız olarak mahkûm edildiği görüşünde olduğu sanık lehine kanun yoluna başvurusunu geçersiz kabul etmesine rağmen, yargılamaya katılma yetkisini reddetmemiştir.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Yargıtay CGK, E 2020/430, K 2021/161, 22.4.2021; Yargıtay CGK, E 2015/1190, K 2018/274, 12.6.2018. Yargıtay CGK, E 2013/11-87, K 2013/245, 7.5.2013: *“1412 sayılı CMUK'nun 367. maddesinde; ‘Müdahale talebi kabul edildiği anda dahili dava olan kimse şahsi dava müddeisinin haiz olduğu haklardan istifade eder’ ve 360. maddesinde; ‘Şahsi dava açmakta takip olunan işlerde davacı, kamu davasının açılmasıyla görülen işlerde Cumhuriyet savcısının müraacat edebileceği kanun yollarına gidebilir’ şeklinde düzenlenmiş bulunan hükümlere 5271 sayılı CMK'nunda yer verilmemiş olması, katılanın kanun yolu başvurusunda Cumhuriyet savcısına benzeyen konumunu değiştirmek için değil, yeni sistem içerisinde şahsi davaya yer verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.”*, <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 24 Ağustos 2022).

<sup>88</sup> Yurtcan (n 3) 251.

<sup>89</sup> Karakeyha (n 5) 168; Toroslu ve Feyzioğlu (n 5) 41.

<sup>90</sup> Özen (n 3) 260; Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 186.

<sup>91</sup> Kulhanek (n 30) 3400.

<sup>92</sup> Alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, 247/90, 12.7.1990, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

Buna karşılık Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi ise çocuklarından birinin, diğerini öldürdüğü iddiasıyla sanık olarak yargılandığı davada annenin sanık lehine olan katılma talebini, katılanı sanık karşısında konumlandıran kanun sistematığı ile katılmanın amaçlarını gerekçe göstererek reddetmiştir.<sup>93</sup> Mahkeme, katılma talebinde bulunan annenin, katılmanın hukuki dinlenilme ve koruma amaçlarına aykırı olarak, öldürülen oğlunun menfaatleri açısından değil, isnat edilen suçu işlemediğine inandığı oğlunun beraatı ve gerçek failin bulunması amacıyla hareket ettiğini, oysaki kovuşturmanın hali hazırda amacını oluşturan gerçek failin bulunmasına katkı sağlayabilmesi için katılan sıfatını elde etmesine ihtiyacının bulunmadığını, zira çocuğu olan sanığın tek yasal temsilcisi sıfatıyla savunma makamına yeterli desteği sağlama imkânına sahip olduğunu belirtmiştir.

### E. Kanun Yolu Aşaması Yönünden

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 260. maddesinde katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilecekleri hüküm altına alınmış, ancak bu kişilerin sadece sanık aleyhine mi yoksa sanık lehine de mi kanun yoluna başvurabileceği hususunda sessiz kalınmıştır.<sup>94</sup> Aynı maddenin 3. fıkrasında ise savcının, sanık lehine kanun yollarına başvurabileceği açıkça düzenlenmiştir. Benzer bir hükme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 296. maddesinin 2. fıkrasında; "*Savcılık kanun yollarına sanık lehine de başvurabilir.*" şeklinde yer verilmiştir.

Kamu davasına katılma ile katılanın kanun yoluna başvuru yetkisinin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olan Alman Federal Mahkemesi'nin istikrarlı kararları katılanın sanık lehine kanun yoluna başvuramayacağı yönündedir. Mahkeme'ye göre, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 401. maddesinin ilk fıkrası uyarınca katılan savcıdan bağımsız olarak kanun yollarına başvurabilse de, kendisine tanınan bu yetkinin kapsamı savcının ile aynı genişlikte değildir, zira madde fıkrasına göre katılanın, hükmün salt hukuki sonuçlarına yönelik kanun yoluna başvuru hakkı bulunmamaktadır. Nitekim Alman Kanun Koyucu, katılana sanık lehine kanun yoluna başvuru yetkisi tanımak istese idi, katılanın ceza yargılamasındaki konumunu kapsamlı olarak tekrar düzenlediği 18.12.1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu vasıtasıyla bir yandan kanun yollarına başvuru hakkını sınırlar iken, diğer yandan 296. maddenin 2. fıkrasında savcıya tanıdığı yetkiyi uygun düştüğü ölçüde katılan bakımından da geçerli kabul edebilirdi. Mahkeme,

<sup>93</sup> Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi, 77/12, 26.3.2012, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

<sup>94</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanabilecektir. Söz konusu hüküm uyarınca kanun yolu aşamasında katılma talebinde bulunan kişilerin sanık lehine faaliyette bulunup bulamayacağı sorusu açısından önceki bölümlerde yer verdiğimiz açıklamalarımız muteberdir.



kanun koyucunun bu sessizliğinden, katılanın sanık lehine kanun yoluna başvuruda bulunamayacağı sonucunun çıkartılması gerektiği görüşündedir.<sup>95</sup> Ayrıca, Federal Mahkeme, konuya ilişkin Alman Öğretisindeki görüş birliğine de vurgu yaparak, katılanın ceza yargılamasında taraf olmasına rağmen savcı gibi kamusal bir makamı işgal etmediğini ve adli bir yargı organı olmadığı için sanık lehine kanun yoluna başvuru yetkisinin de bulunmadığını belirtmiştir.<sup>96</sup>

Bugün Alman Öğretisinde ağırlıklı görüş, katılanın sanık lehine kanun yoluna başvuramayacağı yönündedir.<sup>97</sup> Federal Mahkeme'nin konu hakkında benimsediği gerekçelerin yanı sıra öğretide bazı yazarlar bu görüşlerini, Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'nda katılanın kanun yollarına başvurusu bakımından aranan zarar görme/şikâyet koşulunun gerçekleşmemesine dayandırmaktadır.<sup>98</sup> Buna göre; katılan, katılmaya konu suça ilişkin yargılama sonunda verilen karardan yalnızca konumundan kaynaklanan bir hakkının ihlal edildiğinden, yani katılan sıfatına bağlanan subjektif hak ve menfaatlerine hanel geldiğinden bahisle kanun yoluna başvurabilir.<sup>99</sup> Ancak sanık lehine başvuruda böyle bir durum söz konusu olmadığından, kanun yolu başvurusu zarar/şikâyet yokluğu nedeniyle geçerli olmayacaktır.<sup>100</sup>

Buna karşın öğretide, katılmaya konu suçun gerçek failine ulaşılması amacıyla istisnai olarak katılana kanun yoluna başvuru hakkı tanınması, böyle bir amaç bulunmaksızın salt sanık lehine kararın düzeltilmesine yönelik başvurunun ise kabul edilmemesi gerektiği, zira bu durumda kanun yoluna başvuru için aranan zarar görme/şikâyet koşulunun gerçekleşmeyeceği, her ne kadar hâkim görüş hem katılma hem de katılanın kanun yolu başvurusu açısından sanık lehine faaliyette bulunmanın mümkün olmadığını kabul etse de, kanun ve katılmanın amaçlarından böyle bir sonucun çıkartılamayacağı görüşü de ileri sürülmektedir.<sup>101</sup> Ayrıca, katılana, hatalı gördüğü karara yapmış olduğu katkıyı düzeltme imkânı tanınmasının, adil bir karar verilmesiyle en yüksek düzeyde desteklenecek olan hukuk barışı için isabetli bir çözüm olacağı belirtilmektedir.<sup>102</sup>

<sup>95</sup> Alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, 247/90, 12.7.1990, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022); aynı yönde, Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, 179/57, 13.1.1958, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Beulke (n 10) 325; Hellmann (n 11) 346, 347; Hilger (n 9) § 400 kn 6; Meyer-Goßner (n 47) § 401 kn 2; Roxin ve Schünemann (n 36) 522; Rüping (n 12) 237; Schroeder ve Verrel (n 52) 350; Stöckel (n 9) § 401 kn 2; Valerius (n 43) § 401 kn 5; Volk ve Engländer (n 10) 353.

<sup>98</sup> Federal Mahkeme'nin istikrarlı kararlarına göre, yargılama sonucunda verilen hükme ilişkin olarak geçerli bir kanun yolu başvurusunun varlığı için şikâyet koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Bkz Alman Federal Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, 129/21, 31.8.2021, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

<sup>99</sup> Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 502/84, 9.1.1985, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022); Meyer-Goßner (n 47) § 400 kn 1.

<sup>100</sup> Roxin ve Schünemann (n 36) 522.

<sup>101</sup> Velten (n 9) § 400 kn 9; aksi yönde Rostock Yüksek Eyalet Mahkemesi, 77/12, 26.3.2012, <https://beck-online.beck.de> (erişim tarihi: 8 Eylül 2022).

<sup>102</sup> Fabricius (n 12) 261.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda katılanın sanık lehine kanun yoluna başvurmasını engelleyen açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Türk Öğretisinde hâkim görüş, katılanın bu tür bir kanun yolu başvurusunda bulunabilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşe, katılanın, sanık lehine kanun yoluna başvurmasının katılmaya ilişkin hükümler ve katılmanın amacıyla bağdaşmaması, sanığın fazla ceza aldığı veya beraat etmesi gerektiğini ileri sürerek kanun yolu başvurusunda bulunmasında bir hukuki menfaatinin bulunmaması ve Kanunda yalnızca savcıya sanık lehine kanun yoluna başvuru hakkı tanınması gibi hususlar gerekçe olarak gösterilmektedir.<sup>103</sup>

Kanaatimizce, katılanın sanık lehine kanun yoluna başvurup başvurmayacağı hususunu farklı açılardan değerlendirmek mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda katılanın sanık lehine kanun yolu başvurusunda bulunmasını sağlayan herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiş iken; 260. maddenin 3. fıkrasında savcıya bu yetki açıkça tanınmıştır. Bu bakımdan, kanun koyucunun aksi yönde bir iradesi olsa idi, benzer bir yetkiyi katılan bakımından da düzenlemiş olması gerekirdi. Oysa kanun koyucu katılan bakımından benzer bir açık hükme yer vermeyerek, sanık lehine kanun yoluna başvuru yolunu kapatmıştır. Kanun koyucunun katılanın aksine savcıya sanık lehine kanun yoluna başvuru yetkisi tanınmasının temel nedeni, kamusal (adli) bir makam olarak objektif davranma yükümlülüğü altında bulunmasıdır. Dolayısıyla savcının lehe başvuru yetkisi, aslında CMK m 160/2'de düzenlenen şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumak yükümlülüğünün bir devamı niteliğindedir. Katılma da ise maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacı ön planda olmadığı gibi katılanın bu yönde çaba gösterme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Katılan, bağımsız ve bireysel hareket eden bir yargılama süjesi olarak yargılamada öncelikle kendi meşru çıkarlarını korumayı amaçlar.

Türk Hukukunda katılma iradesi bakımından “şikâyet” koşulunun aranması ve böylece katılanın bireysel iddia makamında konumlandırılması nazara alındığında, kanun koyucunun katılmanın amacı ile katılanın çeşitli hak ve yetkilerini, yargılamada sanık aleyhine faaliyette bulunmak üzerine inşa ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Katılma iradesi ile katılanın yargılamadaki faaliyeti bakımından öngörülen bu sınırlamanın, katılanın sanık lehine kanun yolu başvurusu bakımından da esaslı bir engel oluşturduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, katılan bakımından sanık lehine kanun yoluna başvuru imkânının tanınması, kanun koyucunun ceza yargılamasında katılan bakımından benimsediği amaç ve konumla örtüşmemektedir. Elbette, kanun koyucunun bu yöndeki kabulünden bağımsız olarak, çalışmada

<sup>103</sup> Behiye Eker Kazancı, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2021) 85; Centel ve Zafer (n 5) 1033; Çınar (n 5) 2827; Erem (n 3) 563; Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (1. bs, Adalet Yayınevi 2019) 164; Kazaker (n 6) 168; Koç (n 6) 53; 209; Onursal (n 5) 144, 145; Öztürk B ve Diğerleri (n 36) 672, 673; Pamuk (n 51) 235, 236; Uğur Aşkın, *Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu* (1. bs, Adalet Yayınevi 2018) 118; Ünver ve Hakeri (n 3) 732.

katılanın sanık lehine faaliyette bulunmasında amaç yönünden herhangi bir engel bulunmadığını ileri süren değerlendirmeler dikkate alındığında, sanık lehine kanun yoluna başvurusu açısından da benzer sonuçlara ulaşılması mümkündür.

Öte yandan, bugün Türk Öğretisinde bizim de iştirak ettiğimiz ağırlıklı görüş, ceza yargılamasında kanun yollarına başvuru için, karardan hukuksal yönden etkilenme<sup>104</sup> veya şahsi hukuksal çıkarın zedelenmiş olması<sup>105</sup> veya hukuksal yarar ya da hakların ihlal edilmiş olması<sup>106</sup> koşulunun aranması gerektiği yönündedir. Buna göre, kararı haksız olarak gören veya karardan tatmin olmayan herhangi bir kişinin kanun yoluna başvurması ise mümkün değildir. Dolayısıyla, katılanın kanun yolu başvurusunda bulunabilmesi için verilen karardan meşru çıkarlarının etkilenmiş, hukuksal yarar veya haklarının ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Sanık aleyhine verilen mahkûmiyet hükmüne karşı kanun yoluna başvurusunda ise katılanın şahsi hak ve çıkarlarının ihlal edildiği söylenemez.

Azınlıkta kalan diğer bir görüş ise kanun yoluna başvuru için, verilen karardan mutlaka zarar görmüş olmanın gerekmediği, bu bakımdan kararı hukuka aykırı bulan, karardan tatmin olmayan veya kararın tekrar gözden geçirilmesinde çıkarı olan ilgililerin de bu yola başvurabileceği yönündedir.<sup>107</sup> Bu görüşten hareketle, katılan, meşru çıkarları ve konumundan kaynaklanan sübjektif hakları ihlal edilmemiş olsa dahi, tatmin olmadığı bir karara karşı kanun yoluna başvurabilecektir. “*Tatmin olma*” ifadesinin TDK Güncel Türkçe Sözlükteki ilk anlamı; “*istediği bir şeye ulaşarak hoşnut olmak, doyuma ulaşmak*” olarak belirlenmiştir.<sup>108</sup> O halde, bağımsız bir muhakeme süjesi olarak katılanın nasıl bir kararla tatmin olacağı sorusunun cevabı da kendi tercih ve değerlendirme alanında kalacaktır. Bu bağlamda örneğin, sanık hakkında hükmedilen ceza miktarının ağır olduğu kanaatindeki katılan, karardan tatmin olmadığından bahisle sanık lehine kanun yoluna başvurabilecektir. Nitekim öğretilerde bir görüş, sanığın cezalandırılmasını talep eden katılanın, sanık hakkında tayin edilen cezanın miktar ve mahiyetinin incelenmesine ilişkin olarak da hak sahibi olduğunu iddia edebileceği, bu bakımdan, savcı ile aynı yetkilerle donatılan katılanın, cezayı fazla görmesi halinde lehe kanun yoluna da başvurabileceği, her ne kadar katılan suçtan zarar gören olsa ve konumu itibarıyla iddia tarafını teşkil etse de, sanık lehine hareket etmesine herhangi bir kanuni engel bulunmadığı yönündedir.<sup>109</sup>

Kanaatimizce, katılanın kanun yoluna başvuru yetkisinin haklı çıkar koşulu aranmaksızın bu şekilde geniş yorumlanması, kanun koyucunun katılma müessesesi

<sup>104</sup> Ünver ve Hakeri (n 3) 731; Yenidünya ve İçer (n 5) 776.

<sup>105</sup> Karakehya (n 26) 632; Yurtcan (n 3) 573.

<sup>106</sup> Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 5) 665; Özen (n 3) 828; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 26) 733; Öztürk B ve Diğerleri (n 36) 666; Yaşar ve Otacı (n 58) 3627.

<sup>107</sup> Soyaşlan (n 5) 558; Toroslu ve Feyzioğlu (n 5) 380; Yenisey ve Nuhoğlu (n 4) 869.

<sup>108</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi: 05 Eylül 2022).

<sup>109</sup> Nurullah Kunter, “Amme Davasına Müdahale” (1943) 10 Adliye Ceridesi 855.

ile kabul ettiği amaçlar ve katılanın konumu ile bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda, örneğin, katılanın, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulan sanığın zarar gördüğü suçun faili olmadığına yönelik savlarında olduğu gibi, verilen karardan etkilenmesi de mümkün olabilir. Böyle bir durumda, verilen karardan hukuki konumundan kaynaklanan sübjektif hak ve çıkarları doğrudan etkilenen katılana, karara karşı kanun yoluna başvurabilme imkânı tanınması da hem ceza muhakemesinin amacı hem de katılmanın amacı ile uyumlu olabilecektir.

## Sonuç

Ceza muhakemesinin temel amacı olarak kabul edilen maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından, katılanın hak ve yetkileri büyük önem arz etmektedir. Bugün hem Türk hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benimsenen anlayış, ceza yargılamasında yalnızca sanık haklarının korunması değil, aynı zamanda adil yargılama ve silahların eşitliği ilkesine uygun olacak şekilde suçtan zarar görenin meşru çıkarlarının korunması ve yargılamaya etkin bir şekilde katkı sunabilme imkânının sağlanması yönündedir. Kanun koyucunun katılma müessesinden büyük bir fayda beklediği ve katılanın hiçbir ödevinin olmamasının da taraf olarak ona fazla bir önem verilmediğini gösterdiğini ifade eden anlayışın ise bugün için geçerliliğini kaybettiği söylenebilir.<sup>110</sup>

Katılanın ceza muhakemesindeki hak ve yetkileri, öğretisi ile uygulamada çoğu zaman toplumsal iddia makamını oluşturan savcınkilerle özdeşleştirilse de, katılan savcının bir yardımcısı değildir. Katılanın, kendisine tanınan kanuni hak ve yetkileri diğer muhakeme süjelerinden bağımsız olarak kullanabilme imkânına sahip olması, kanaatimizce bağımsız konumunun en açık göstergesidir. Ayrıca, katılanın hak ve yetkilerini kullanıp kullanmaması ve ne şekilde kullanacağı hususları kendi özgür iradesine bırakılmıştır. Bu bağlamda katılanın, hak ve yetkilerini sanığın mahkûmiyeti değil, beraati yönünde kullanmasının, faaliyetlerini bu hedefe ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu tartışılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hem Türk hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun katılanın hak ve yetkilerinin düzenlendiği hükümlerinde, katılanın savcının yanında bireysel iddia makamını oluşturması ve kamu davasında savcılık tarafından ileri sürülen iddiaları savunması yönünde bir zorunluluk öngörülmemiştir.

Mağdur veya suçtan zarar gören kişi olmak CMK m 237/1 hükmü gereğince katılan sıfatının kazanılması için aranan bir ön koşul olmakla birlikte, bu kavramlar katılma açısından salt edilgen bir durumu temsil etmektedir. Dolayısıyla, bu koşulun gerçekleşmesi için kişinin suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olması yeterli olup, kanaatimizce ayrıca sanığın cezalandırılması yönünde bir iradenin ortaya konulması aranmamaktadır.

<sup>110</sup> Bkz Onursal (n 5) 24.

Bugün Türk ve Alman Öğretisinde ağırlıklı görüş, katılanın ceza muhakemesinde sanık lehine faaliyette bulunmayacağı yönündedir. Bu görüşün temel dayanağı, katılmanın amaçları üzerine kurulu olmakla birlikte:

Kamu adına denetim ile katılan açısından yargılamada şeffaflığın sağlanması amaçları bakımından; suçtan zarar görenin, kamu davasına katılmak, aktif olarak muhakemeye yön vermek ve kamu adına denetim fonksiyonunu yerine getirmek şeklinde bir yükümlülüğü bulunmadığı, savcılık makamından farklı olarak katılanın kamusal yarar ve dengeleri gözetmekle de mükellef olmadığı, aksine savcılık makamından bağımsız bir muhakeme süjesi olarak bireysel çıkarları doğrultusunda hareket edebilme imkânına sahip olduğu, ayrıca yargılamada katılan açısından şeffaflığın sağlanması amacının da, katılanın yalnızca sanık aleyhine faaliyette bulunabileceği şeklindeki bir çıkarıma dayanak oluşturmayacağı görüşündeyiz.

Tatmin edilme ve aktif konum ile rehabilitasyon amaçlarının; sanığın işlediği suç nedeniyle hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına yönelik katılanın yargılamada aktif bir şekilde faaliyette bulunması imkânının sağlanmasına yönelik olduğu kabul edilmekle birlikte, her durumda bu kabulün söz konusu olmayabileceği, zira katılanın savcı gibi davranmak zorunda olmadığı, özü tamamen insani bir duygu olan “tatmine” ve özellikle manevi açıdan “iyileşmeye” dayanan bu amaca, katılanın kendisine tanınan hak ve yetkileri şahsi çıkarları doğrultusunda kullanarak sanık lehine veya aleyhine olmak üzere özgürce değerlendirmelerini yapabilmesi ve kararlarını verebilmesi imkânının sağlanması ile ulaşılabileceği düşüncesindeyiz.

Kendi görüşlerini ortaya koyma amacı açısından, savcılık makamından farklı olarak, katılanın objektif davranma yükümlülüğü altında bulunmadığı, aksine yargılamada kendi çıkarlarını korumak amacı taşıdığı, ancak, bu ayırmadan hareketle savcının sanığın hem lehine hem de aleyhine, katılanın ise yalnızca aleyhine faaliyette bulunabileceği sonucunu çıkarmanın isabetli olmayabileceği, Kanunda tanınan hak ve yetkilerini kullanırken tam bir bağımsızlığa sahip olan katılanın, savcıdan farklı savlara dayanması veya taleplerde bulunmasının mümkün olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiği görüşündeyiz.

Koruma ve ikincil mağduriyetin önlenmesi amaçları bakımından; her ne kadar bugün için katılanın, kendisine tanınan geniş hak ve yetkileri kullanmak suretiyle ceza yargılamasında aktif bir rol edinmesinin büyük ölçüde koruma amacına dayandığı yadsınamaz bir gerçek olsa da, devletin sağladığı bu bağımsız konum çerçevesinde, şahsi çıkarlarını en olumlu şekilde nasıl savunulacağı sorusunun cevabının her zaman katılanın kendi özgür tercih ve değerlendirme alanında bulunduğu dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak katılmanın amaçlarının, katılanın sanık aleyhine faaliyette bulunacağı varsayımı üzerinden sınırlandırılması kanaatimizce isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bağımsız bir muhakeme süjesi olarak katılanın, hak ve yetkilerini şahsi çıkarları doğrultusunda kullanarak sanık lehine veya aleyhine olmak üzere özgürce değerlendirmelerini yapabilmesi ve kararlarını verebilmesine imkân sağlanmalıdır. Bu bakımdan, şahsi çıkarlarını en etkin biçimde nasıl savunulacağı hususu, katılanın kendi tercih ve değerlendirme alanında kalmaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararında, katılanın bağımsız bir muhakeme süjesi olarak hak ve yetkilerle donatıldığını, katılanın bu hak ve yetkileri kendi istek ve çıkarları doğrultusunda özgürce kullanılabileceğini, Kanun'da katılma için öngörülen koşullar dışında katılanın faaliyetlerinin amaç yönünden herhangi bir koşula bağlanamayacağını, bu bağlamda katılanın yargılamada sanık lehine de faaliyette bulunabileceğini ve bu faaliyetinin kısıtlanmasına yönelik kanuni bir düzenlemenin de bulunmadığını kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237 ve 238. maddelerinde katılma talebi açısından aranan şikâyet koşuluyla geniş hak ve yetkilerle donatılıp savcıdan bağımsız bir muhakeme süjesi olarak tanınan katılanın iddia makamında konumlandırıldığı ve böylelikle faaliyet alanının yalnızca sanık aleyhine olmak üzere sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu koşul, aynı zamanda Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunlarındaki katılanın faaliyet alanına ilişkin temel farklılığı oluşturmaktadır. Çünkü Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 396. maddesinde katılma iradesinin varlığı için şikâyet koşulu aranmamış, yalnızca katılma beyanının mevcudiyeti yeterli görülmüştür.

Kanaatimizce, ceza yargılamasının amacına ve diğer muhakeme süjelerinin haklarına zarar verme hedefi gütmeyen katılanın, şahsi çıkarları doğrultusunda hak ve yetkilerini özgürce kullanabilme imkânının salt sanık lehine hareket ettiğinden bahisle elinden alınması ve zarar gördüğü suçun yargılamasından soyutlanması hem kolektif yargılama prensibi ve maddi gerçeğe ulaşma amacı hem de katılanın hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde kendi görüş ve taleplerini ortaya koyabilme hakkının yerine getirilmesi açısından isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim ceza yargılamasında katılanın hem sanık aleyhine hem de sanık lehine faaliyette bulunmak üzere hak ve yetkilerini kullanabilmesi imkânının tanınması gerekliliği, bugün hem Alman Uygulamasında hem de Öğretisinde artan bir eğilim ile dile getirilmektedir. Bu görüşe, katılanın sanık lehine faaliyette bulunmak suretiyle hak ve yetkilerini kötüye kullanması ve böylelikle maddi gerçeğe ulaşma amacını tehlikeye düşürmesi ihtimali nedeniyle çekimsiz yaklaşılabilirse de bahsi geçen tehlikenin katılanın sanık aleyhine faaliyette bulunduğu durumlarda da söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237 ve 238. maddelerinde katılma talebi açısından aranan ve teknik anlamında kullanılmayan

“şikâyet” kavramının, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 396. maddesinde olduğu gibi, salt “katılma beyanında bulunma” anlamına gelebilecek şekilde değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Öte yandan, Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunlarında katılanın sanık lehine kanun yoluna başvurmasına imkân sağlayan bir düzenleme bulunmadığı halde, savcılık makamına bu yetki açıkça tanınmıştır. Bunun nedeni, katılanın aksine savcının, kamusal bir makam ve adli bir organ olarak objektif davranma yükümlülüğü altında bulunmasıdır. Savcının lehe başvuru yetkisi, aslında şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumak yükümlülüklerinin bir devamı niteliğindedir. Katılmada ise maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacı ön planda olmadığı gibi katılanın bu yönde çaba gösterme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Katılan, bağımsız ve bireysel hareket eden bir yargılama süjesi olarak kendi meşru çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır.

Türk Hukukunda katılma iradesinin varlığı açısından şikâyet koşulunun aranması, kanun koyucunun katılmanın amacı ile katılanın çeşitli hak ve yetkilerini yargılamada sanık aleyhine faaliyette bulunmak üzerine inşa ettiği sonucunu ortaya koymaktadır. Katılma iradesi ile katılanın yargılamadaki faaliyeti bakımından öngörülen bu sınırlamanın, katılanın sanık lehine kanun yolu başvurusu bakımından da esaslı bir engel oluşturabileceğini söylemek mümkündür. Ayrıca, katılanın kanun yolu başvurusunda bulunabilmesi için verilen karardan meşru çıkarlarının etkilenmiş, hukuksal yarar veya haklarının ihlal edilmiş olması da gerekmektedir. Sanık aleyhine verilen mahkûmiyet hükmüne karşı kanun yoluna başvurusunda ise kural olarak katılanın şahsi hak ve çıkarlarının ihlal edildiği söylenemez. Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda, örneğin, katılanın, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulan sanığın zarar gördüğü suçun faili olmadığına yönelik savlarında olduğu gibi, verilen karardan etkilenmesi de mümkün olabilir. Böyle bir durumda, verilen karardan hukuki konumundan kaynaklanan sübjektif hak ve çıkarları doğrudan etkilenen katılana, karara karşı kanun yoluna başvurabilme imkânı tanınması hem ceza muhakemesinin amacı hem de katılmanın amacı ile uyumlu olabilecektir. Bu bakımdan, salt başvurunun sanık lehine olmasından hareketle katılana kanun yolunun doğrudan kapatılması yerine, her somut olay ve kanun yolu başvurusu özelinde, verilen karardan katılanın hukuki konumundan kaynaklanan sübjektif hak ve çıkarlarının doğrudan etkilenip etkilenmediğinin ilgili kanun yolu merciince incelenip değerlendirilmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Aşkın U, *Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu* (1. bs, Adalet Yayınevi 2018).
- Bulke W, *Strafprozessrecht* (7. bs, C.F. Müller Verlag 2004).
- Bıçak V, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2018).
- Birtek F, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (1. bs, Adalet Yayınevi 2019).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. bs, Beta Yayınları 2021).
- Çınar A R, *Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma*, (2019) 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Özel Sayı, DEÜHFD 2801-2836.
- Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. bs, Beta Yayınları 2015).
- Erem F, *Ceza Usul Hukuku* (5. bs, Sevinç Matbaası 1978).
- Fabricius D, *Die Stellung des Nebenklagevertreterers*, 1994 (NSTZ) 257-263.
- Gökçen A, Murat B, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Adalet Yayınevi 2020).
- Hellmann U, *Strafprozessrecht* (2. bs, Springer Verlag 2006).
- Hilger H, “Vor §§ 374”, “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in Erb V, Esser R, Franke U, Graalman-Scheerer K, Hilger H ve Ignor A (eds), Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, 8. Band §§ 374-448 (26. bs, De Gruyter Verlag 2009).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs, Nisan Kitabevi 2022).
- Kazaker G, *Kamu Davasına Katılma* (1. bs, Adalet Yayınevi 2019).
- Kazancı B E, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Koca M, “Temyiz Yolunda Davaya Katılma” (2014) 18 (5) TAAD 1-28.
- Koç Z, *Ceza Muhakemesinde Katılan* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Kulhanek T, “Nebenklage mit dem Ziel eines Freispruchs”, Alman Federal Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 1.9.2020 tarihli ve 214/20 sayılı kararının değerlendirmesi, (2020) Neue Juristische Wochenschrift 3398-3400.
- Kunter N, “Amme Davasına Müdahale” (1943) 10 Adliye Ceridesi 844-861.
- Kunter N, Yenisey, F ve Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. bs, Beta Yayıncılık 2010).
- Meyer-Goßner L, *Strafprozessordnung, Kommentar* (51. bs, Verlag C.H. Beck 2008).
- Onursal S, *Kamu Davasına Müdahale* (1. bs, Fakülteler Matbaası 1968).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. bs, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (5. bs, Adalet Yayınevi 2020).



- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Gezer Sırma Ö, Saygılar Kırıt F, Alcan Akcan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Vilemin Altınok D ve Tok M C, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. bs, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Pamuk G, *Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri* (1. bs, Beta Yayıncılık 2012).
- Roxin C ve Schünemann B, *Strafverfahrensrecht* (27. bs, Verlag C.H. Beck 2012).
- Rüping H, *Das Strafverfahren* (3. bs, Franz Vahlen Verlag 1997).
- Schroeder C ve Verrel T, *Strafprozessrecht* (5. bs, Verlag C.H. Beck 2011).
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. bs, Yetkin Yayınları 2020).
- Stöckel H, “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in von Heintschel-Heinegg B ve Stöckel H (eds), *Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII §§ 374-495* (4. bs, Carl Heymanns Verlag 2013).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (12. bs, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. bs, Savaş Yayınevi 2020).
- Turhan F, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. bs, Asil Yayıncılık 2006).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. bs, Adalet Yayınevi 2020).
- Valerius B, “§ 395 - § 402”, in Knauer C, Kudlich H ve Schneider H (eds), *Münchener Kommentar zur StPO, Band III §§ 333-499* (1. bs, Verlag C.H. Beck 2019).
- Velten P, “Vor § 395” ve “§§ 395-402”, in Wolter J (eds), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII §§ 374-495* (4. bs, Carl Heymanns Verlag 2013).
- Volk K ve Engländer A, *Grundkurs StPO* (8. bs, Verlag C.H. Beck 2013).
- Yaşar O ve Otacı C, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 3. Cilt, Madde 227-335 (6. bs, Seçkin Yayıncılık 2015).
- Yenidünya C ve İçer Z, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. bs, Adalet Yayınevi 2016).
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. bs, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. bs, Seçkin Yayıncılık 2019).





## Hürriyet, Hükûmet, Millet ve Memleket: Hukukçu Gözüyle Nâzım Hikmet

Tolga Şirin\*

### Öz

Nâzım Hikmet Ran (1902-1963) Türkiye’de edebiyat ve siyaset dünyasının en önemli isimlerinden biridir. Makale, bu büyük şairin şiirlerinde anayasa hukukunun temel kavramlarının nasıl yer bulduğu incelemektedir. Bu amaçla, şairin şiirlerinde en çok işlediği kavram olan “hürriyet” ile Jellinekyen öğretinin devletin öğeleri saydığı “halk” (millet) “iktidar” (hükûmet) ve “ülke” (memleket) kavramlarıdır. İncelemedeki bulgulara göre Nâzım Hikmet, hürriyet sözcüğünü, liberal değil genellikle Cumhuriyetçi anlamda kullanmaktadır. İktidar kavramını Marksist-Leninist doktrin ışığında kavrayan şair, Kemalizme anti emperyalist ve feodalizm karşıtı olduğu denli zımnen destek vermiştir. Bu çerçevede 27 Mayıs 1960’daki askeri müdahaleye de olumlu yaklaşmıştır. Büyük şair, millet kavramını sübjektif anlamda kavramış ve Kürt sorununu reddetmemiştir. Fakat şiirlerinde Türklerin dışındaki etnik kimliklere pek yer vermemiş veya tali olarak yer vermiştir. Devletin ülke ögesi ise özellikle hasretlik ve yurtseverlik kavramlarıyla ilgili olarak şiirlere konu olmuştur. İncelemede ulaşılan nihai sonuç, Nâzım Hikmet’in, şiirlerinde, uluslararası komünist hareketin Türkiye hakkındaki tezlerini birebir yansıttığıdır.

### Anahtar Kelimeler

Nâzım Hikmet, Adnan Menderes, 27 Mayıs, Cumhuriyetçilik, Türk Milliyetçiliği, Hukuk ve Edebiyat, Askeri Darbe, Demokratik Darbe, Komünizm, Kemalizm, Anayasa, Sosyalist Yasallık

### Freedom, Power, People, and Territory: Nâzım Hikmet from the Perspective of a Jurist

### Abstract

Nâzım Hikmet Ran (1902-1963) is one of Turkey’s most influential names in the world of literature and politics. The article examines how the basic concepts of constitutional law took place in the poems of this great poet. For this purpose, the concepts of freedom, which is the most used concept in his poems, and power, people and territory, which Jellinekyan doctrine considers state elements. According to the findings in the study, Nâzım Hikmet used the word freedom in a Republican sense, not a liberalist sense. Understanding the concept of power in the light of Marxist-Leninist doctrine, the poet implicitly supported Kemalism to the extent that it was anti-imperialist and anti-feudalist. In this context, his approach to military intervention on 27 May 1960 was positive. He understood the concept of nation in a subjective sense and did not ignore the Kurdish question. However, he either did not include ethnic identities other than Turks in his poems or included them as secondary. On the other hand, the territory element of the state has been the subject of the concepts of longing and patriotism in the poems. The conclusion reached in the study is that Nâzım Hikmet’s poems reflect the thesis of the international communist movement about Turkey precisely.

### Keywords

Nâzım Hikmet, Adnan Menderes, the Turkish Reform Movement of May 27, Republicanism, Turkish Nationalism, Law and Literature, Military coup, Democratic Coup d’état, Communism, Kemalism, Constitution, Socialist Legality

\* **Sorumlu Yazar:** Tolga Şirin (Doç. Dr.) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi nayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: [tolga.sirin@marmara.edu.tr](mailto:tolga.sirin@marmara.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7172-5426

**Atf:** Şirin T, “Hürriyet, Hükûmet, Millet ve Memleket: Hukukçu Gözüyle Nâzım Hikmet” (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 313. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.010>



### *Extended Summary*

The article focuses on the poems of the famous poet Nâzım Hikmet Ran and tries to answer how four fundamental concepts of public law are conceived in his verses. These are “freedom”, “government”, “nation” and “county”.

The first concept that the article deals with is freedom. The English word freedom has two equivalents in Turkish: *Özgürlük* and *Hürriyet*. Of these, *özgürlük* is a word derived after the Turkish Language Revolution in 1934. On the other hand, *hürriyet* has been used for a much longer time. Although these two words are considered synonymous, the word *hürriyet* has multiple connotations. For example, the revolution carried out by the Young Turks in 1908 is referred to as the “*Hürriyet Devrimi*” (“Revolution of *Hürriyet*”). Likewise, Nâmık Kemal, one of the most important figures of the constitutionalist movements in the Ottoman Empire, is known as the “Poet of *Hürriyet*” for his writings on freedom. This old meaning of the concept largely means “absence of domination”. In this respect, it has a republican dimension in the sense used today by authors such as Quentin Skinner and Philip Pettit. As it is known, the republican idea of freedom, which stands in a different place from the liberal idea of freedom in the sense of “absence of interference”, seems to be adopted by Nâzım Hikmet. The author sometimes uses the word freedom in the sense of freedom from the despotic domination of the Democratic Party, but more often in the sense of freedom from the economic domination of the bourgeoisie, that is, socialism. These are exemplified in the article.

The second concept the article deals with is government. The way Nâzım Hikmet deals with the concept of government in his poems is completely in line with the basic assumptions of Marxism/Leninism. The poet certainly does not view the dictatorship of the proletariat negatively. The poet includes names such as Marx, Engels and Lenin in his poems in a positive way, and he makes positive references to Robespierre, although he is not a socialist. Nâzım Hikmet’s approach towards Atatürk, changes according to time and context. Although he seems to complain about Mustafa Kemal in the case of the murder of Mustafa Suphi (the leader of the Communist Party of Turkey in 1920), which is still shrouded in fog today, the poet defends Kemalism as anti-imperialist and anti-feudal both in the *Epic of Kuva-i Milliye* and in his later statements. In this respect, Nâzım Hikmet’s criticism of the Kemalist government can be considered as coming from the left rather than the right, that is to say, towards overcoming it. Although it may be thought that Nâzım Hikmet’s favourable attitude towards Mustafa Kemal was due to the fact that he was in prison and was expecting a pardon/amnesty, the poet’s statements in support of Mustafa Kemal even during the years when he was released and abroad invalidate this argument. Although Nâzım Hikmet had a favourable view of Atatürk, he criticised the governments of the Republican People’s Party (CHP) and the Democratic Party (DP) quite harshly.

Most of these criticisms were directed against the DP and its leader Adnan Menderes. In his very courageous verses, Nâzım Hikmet criticised the government's policy of participation in the Korean War from a Leninist 'revolutionary defeatist' perspective. The message in Nâzım Hikmet's verses is that the DP had abandoned the anti-imperialist line of Atatürk's era and had acquired a collaborationist and counter-revolutionary character. In this respect, it can be inferred from the poet's verses that he was in favour of the military coup d'état of 27 May 1960, which was carried out by the Turkish Armed Forces against the DP government.

The third concept analysed in this article is the nation. The word "Türk" in Nâzım Hikmet's verses is similar to Atatürk's understanding of nationalism, which is thought to have been grasped not with an objective understanding like the German Johann Gottlieb Fichte, but with a subjective understanding like Ernest Renan. In fact, this is more in line with the approach to nation in the work of Austrian Marxist Otto Bauer. Although in some contexts the word Turk is used in an ethnic sense, the dominant approach is to use the word Turk in the sense of 'the people in Türkiye'. The poet, whose poems commemorate the Armenian deportation in 1915 with a negative connotation, does not emphasise a special emphasis on different ethnic groups such as Kurds or Laz people. Although his perspective is criticised by some scholars as a social chauvinist attitude, in our opinion, this approach can be considered as an extension of the TKP's policy in line with the The Communist International (Comintern). Although the poet did not write a Kurdish-specific poem, in the late 1950s he made some statements on the Kurdish issue based on the right of nations to self-determination.

The last concept that the article focuses on is the country. The country that appears with great longing in Nâzım Hikmet's poems is, of course, Turkey. Although this longing of the poet can be seen in many of his poems, this concept is also dealt with as a subject of anti-imperialist struggle.

In conclusion, Nâzım Hikmet's constitutional theses overlap with the constitutional development theses of the international socialist movement. According to this thesis, which is based on the writings of names such as Lenin, Stalin and Mao on Turkey, the Kemalist movement has a bourgeois-revolutionary character with the momentum it derived from the 1908 Revolution. This revolution has the potential to rally the peoples of the east around it in the anti-imperialist struggle and to gain a more progressive character as long as it is realised, but to the extent that it fails to do so, it will be guided by imperialism by struggling with workers and peasants and cooperating with foreign capital. The volatile position of the 1930s was swung in the second direction with the DP government in the 1950s, but the just and patriotic struggle of the people put a stop to this.

*Büyük Usta'nın dünyadan ayrılışının*

*60. yıldönümü anısına...*

## Giriş

Dünya şairi... Büyük usta... Romantik Komünist... Memleket şairi... Bu ve benzeri sıfatların sahibi Nâzım Hikmet Ran, Türkçenin en görkemli ozanlarından biridir. Şair, Osmanlı tebaası olarak doğmuş, Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olmuş, sürgün edilip vatandaşlıktan çıkarılmış, kalan yaşamını Sovyetler Birliği'nde bir Polonya vatandaşı olarak geçirerek Moskova'da ölmüştür. Bu büyük şairin dizeleri, yaşamı kadar renkli ve zengindir. Bu dizeler tüm dünyada tanınmaktadır ve farklı disiplinlerden farklı yazarlara bitmez tükenmez bir ilham kaynağı olagelmektedir. Dünya görüşü, yaşı, cinsiyeti, dini veya dili ne olursa olsun onun dizelerini okuyan herhangi birinin bu büyük şairin kaleminden çıkanlardan büyülenmemesi pek zordur. Bu gerçek, en soğuk ve katı disiplinlerden biri olan hukuk alanında çalışan yazarlar için bile geçerlidir.<sup>1</sup>

Abidin Dino, Nâzım Hikmet'i anlatırken, Mevlana'dan aktardığı bir öyküye başvurur. Buna göre: Nâzım Hikmet üzerine bir şeyler söylemek, hayatında hiç fil görmemiş insanların, karanlık bir ahırda duran file dokunarak onu tanımlamasına benzer.<sup>2</sup> Herkes, bu büyük şairi, değdiği yerden tasvir etmeye çalışır.<sup>3</sup> Bir hukukçu da, doğal olarak, etkileşim kurduğu yerden bir Nâzım görecektir. En azından elinizdeki çalışmanın satırlarının yazarı, ilk gençlik yıllarından itibaren, hatta hukuk eğitimi sırasında, çok alakasız sayılabilecek konularda bile Nâzım Hikmet'in şiirlerini yeniden yeniden hatırlamış ve hukukun içinde dahi şairin sesini duyabilmiştir.

Bu hatırlama veya duyma, Nâzım'ın hukuk metinlerine olan doğrudan etkisinden çok, onun yaşamın her alanına dokunan kaleminin hukuksal meselelerde de izdüşümünün olmasından ileri gelmektedir. Bu bakımdan onun yazdıkları, Hukuk ve Edebiyat Hareketi'nin (*the Law and Literature Movement*) “edebiyat olarak hukuk”

<sup>1</sup> Nâzım Hikmet'in doğrudan “Anayasa” meselesine girdiği bağlamlar nadirdir. Otobiyografik bir roman olan “Yaşamak Güzel Şey Be Kardeşim”de büyük ölçüde Nâzım'ı yansıtan Ahmet karakterinin 1924 Anayasası'nın pek de bir işe yaramadığına dönük göndermesi (“*legal imkânlardan yararlanıp gizli matbaanın kâğıdını, harflerini mürekkebinin, pedalını, bokunu püsürünü de depo etmek yok muydu? Şimdi burda bir kuru çukurla kalakaldık işte. Anayasaya mı güvendi bizimkiler? Bizim burjuvazinin Anayasa filan taktığı var mı?*”), 1936 SSCB Anayasasıyla ilgili bir yazısı veya 27 Mayıs'tan sonra yeni anayasaya (1961 Anayasası'na) dair beklentilerini yansıtan konuşması ayrıksı örneklerdendir. Sırasıyla bkz. Nâzım Hikmet, *Yaşamak Güzel Şey Be Kardeşim* (Adam 1992) 20; Nâzım Hikmet, “Yeni Ana Kanun Dolayısıyla: Sovyet Demokrasisi” (2016) Gelenek 132; Nâzım Hikmet, “Hazırlanan Anayasa Üzerine Birkaç Düşünce” *Bizim Radyo'da Nâzım Hikmet*, Anjel Açıkgoz (ed), (2. Baskı, TÜSTAV 2004) 151.

<sup>2</sup> Abidin Dino, *Nâzım Üstüne* (4. Baskı, Sel 2018) 65.

<sup>3</sup> Hindistan'dan getirilen bir fil, karanlık bir ahıra konur. Yaşamlarında hiç fil görmeyen halk onu seyretmek için merakla o karanlık ahıra toplanırlar. Karanlıkta bir şey göremeyince filin nasıl bir şey olduğunu anlamak için elleriyle filin uzantılarına dokunmaya başlarlar. Bir tanesi hortumunu tutup ‘Bu hayvan oluğa benziyor.’ demiş, diğeri filin kulağını tutmuş ve onu yelpazeye benzetmiş, ötekisi ayağına rastlamış, ‘Fil bir direk gibidir’ demiş. Ötede duranı filin arkasına elini sürüp ‘Fil bir padişah tahtına benziyor’ demiş. Herkes bu şekilde filin tarif edip onu kendi zannına anlamış. Karanlık yüzünden sözler muhtelif olmuş, birinin dal dediğine öbürü elif demiş. Mevlana, *Mesnevi – III* (Doğan Kitap 2015) 1240.

(*law as literature*) odağıyla değil, “edebiyatta hukuk” (*law in literature*) odağıyla ilgili sayılabilir.<sup>4</sup> Bu çalışma, Nâzım Hikmet’in “edebiyat”ında, Anayasa’nın “hukuku”nu bulmaya çalışılacaktır. Bu arayışın tetikleyicisi, Nâzım Hikmet’in anayasa üzerine çokça yazmış olması değil, bir anayasa hukukçusunun Nâzım Hikmet üzerine çokça okumuş olmasıdır.

Nâzım Hikmet’in şiirlerine, anayasa hukuku perspektifinden bir bakış, edebiyatın çok renkliliğini, teknik hukukun griliğiyle boğma riskini barındırır. Bu riski aşmak ve konunun teknik meselelere boğulmaması için anayasa hukukunun (hukukun da dışına kolaylıkla taşan) temel inceleme alanlarını tutamak kılmak işlevsel olabilir. Böyle bakıldığında bu tutamaklar, “temel hak ve hürriyetler” ile “devlet” kavramlarıdır. Bunlardan “temel hak ve hürriyetler” merceği; açlık grevine giren, düşüncelerinden dolayı hapis yattığı için bir düşünce suçlusunu sayılan, din ve dinden özgürlük konusunda çokça şey söyleyen ve tüm yaşamını, eğitime, sağlığa ve temel besinlere herkesin erişmesi gibi sosyoekonomik hakların ileri düzeyde güvence altında olduğu bir düzen için mücadeleye özgüleyen Nâzım’ın şiirlerine bakmak için kullanışlı olabilir.<sup>5</sup> Fakat böylesi bir yaklaşım, kapsamı çok genişleteceği için çalışmada şairin, genel olarak “hürriyet” kavramına nasıl baktığına odaklanmak daha pratik görünmektedir.

“Devlet” konusunda yapılacak bir çözümleme de, diyalektik maddeci Nâzım’ın bu konudaki üretimlerinin çok katmanlı ve derinlemesine incelenmesi hâlinde hayli verimli ve fakat kapsamlı olacaktır. Bu nedenle Nâzım’ın devlete bakışını da anayasa hukuku ders kitaplarında artık klasikleşmiş olan Jellinekyen üç öge öğretisi<sup>6</sup> ışığında; “siyasi iktidar”, “insan” ve “ülke” öğeleriyle -hattâ Nâzım’ın jargonuyla söyleyince “hükümet”, “millet” ve “memleket” unsurlarıyla- ele almak, makul görünmektedir.

Sonuç itibarıyla metnin başlıkları, (makalenin de başlığı olan) hürriyet, hükümet, millet ve memleket sıralamasıyla ilerleyecek, bu anayasa hukuku konularının Nâzım Hikmet’in şiirlerinde ne şekilde yansıdığı çözümlemeye çalışılacaktır. Bu çözümleme, şairin üyesi ve görünür yüzü olduğu Türkiye Komünist Partisi’nin (TKP) de 1921-1963 yılları arasındaki anayasal pozisyonu açısından da bize bir veri sunacaktır.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Hukuk ve Edebiyat Hareketi, ABD’li hukukçu James Boyd White’in 1973 yılında ilkin hukuk dili dersi için bir ders kitabı olarak yayımladığı; hukuksal ve hukuksal olmayan metinleri, anlam verme ve karakterlerin kimliklerini oluşturma yönünden karşılaştırdığı “Hukuki İmgelem: Hukuki Düşünce ve İfadeinin Doğası Vesilesiyle Çalışmalar” (*The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*) çalışmasından alınan esinle gelişen bir hukuk akımıdır. James Boyd White, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (Little, Brown & Co 1973). Edebiyatın hukukun doğasının anlaşılmasında işlev göreceğini düşünen hukukçulardan, edebi ve edebi olmayan metinlerin yorum veya eleştiri yöntemlerine odaklanana kadar çok farklı araştırmacı bu akımın bir parçası sayılabilmektedir. Türkiye’de bu etkileşim ile ilgili olarak bkz. Cemal Bali Akal ve Yalçın Tosun (edr), *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar* (Dost Kitabevi 2016).

<sup>5</sup> Nâzım Hikmet’in, sınıflı toplumlardaki hak ve özgürlüklere ilkesel bakışı için bkz. Hikmet (n. 1 2016).

<sup>6</sup> Bu konuda bkz. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Springer Verlag 1900).

<sup>7</sup> Nâzım Hikmet’in komünist olduğu yıl 1921’dir ve öldüğü yıl 1963’tür. On dokuz yaşında komünist olduğunu “Yaşım Altmış” şiirinden de anlamaktayız: “Yaşım altmış / on dokuzundan beri bir düş görürüm / yağmur çamur yaz kış / uykuda uyanık / takılmış düşümlün peşine yürürüm.” Nâzım Hikmet, “Yaşım Altmış”, *Son Şiirleri*. (20. Baskı, Adam 1999) 112. Komsomol şiirini yazdığı da on dokuz yaşındadır. Bkz. Nâzım Hikmet, “Komsomol”, *Bütün Şiirleri*, (17. Baskı, YKY 2019) 2018. 1921 yılında Türkiye’deki sol akımlar için bkz. Mete Tunçay, *Türkiye’de Sol Akımlar (1908-1925)* (2. Baskı,

## I. Hürriyet

Hürriyet sözcüğü, günümüzde daha çok “özgürlük” olarak kullanılır. Özgürlük, 1934’te toplanan Türk Dil Kurumunun 2’nci Dil Kurultayı’nda türetilmiş bir sözcüktür.<sup>8</sup> “Yabancı sözlerin öz Türkçe karşılıklarını bulmak” üzere yapılan çalıştaylar sonucunda türetilen “özgürlük”, “Osmanlı’dan Türkçeye Cep Kılavuzu”nda “hürriyet” sözcüğünün karşılığı olmuştur.<sup>9</sup> Yani özgürlük sözcüğü ortaya çıktığında otuz iki yaşında olan Nâzım Hikmet’in, artık diline oturmuş olan “hürriyet” yerine bu yeni türetilmiş sözcüğü yeğlememiş olması şaşırtıcı değildir.<sup>10</sup>

Burada hemen şunu da vurgulamak gerekir: Hürriyet kelimesi, özgürlük sözcüğünün eski biçimi olmanın ötesinde de bazı kavram-tarihsel yükler taşımaktadır. Bu kelime, Türkiye siyasi mücadeleler tarihinde 1908 Devrimi’nin sloganlarının bir parçası (“Kahrolsun İstibdat! Yaşasın Hürriyet!” veya “Hürriyet! Musavvat! Uhuvvet! Adalet!”) hatta bizzat devrimin (Hürriyet İhtilali) adıdır. Zaten o nedenle ki 1961 ve 1982 anayasaları hazırlanırken “özgürlük” sözcüğü önerildiğinde, “hürriyet” kelimesinin tarihsel sembollerine saygı uyarınca bu öneriler reddedilmiştir. Tutanaklarda da görüldüğü üzere bugün Anayasa’da “hürriyet” sözcüğünün yeğlenmesinin nedeni, diğer pek çok şeyin yanı sıra, Türkiye’nin modern devrimci hareketlerinin sembollerinden Nâzım Kemal’in (örneğin Hürriyet Kasidesi) ve diğer öncülerin hatrasına olan saygıdır.

İlginçtir, bu arka plan, Nâzım Hikmet’in de kafa yorduğu meselelerle ilgilidir. Şair, ilk dönem şiirlerinde Nâzım Kemal ile polemige girişmiş ve bunu da “hürriyet” kavramını kullanarak temellendirmiştir.<sup>11</sup> Nâzım Kemal’i (tıpkı Tevfik Fikret gibi) Abdülhamit istibdadına karşı çıkan bir kalem olarak kaydeden<sup>12</sup> ve nispeten olumlu addeden Nâzım, “Bir Provokatör Üstünde Hiciv Denemeleri”nde Peyami Safa ile kalem kavgasına tutuşurken, Nâzım Kemal’le ilgili şu satırlara yer verir:

*“O, takma aslan yeveli Namık Kemal üstadın senin; / Abanoz ellerinden / Zenci kölesinin / Som altın taslarla şarap içerek / Ve “didar-ı hürriyet”in dizinde / Kendi kendinden geçerek: / “Yüksel ki yerin / Bu yer değildir; / Dünyaya geliş / Hüner değildir!” demiş... / Sen de yükseldin uyup / Onun sesine / ‘La dam o Kamelya’nın fesli figüranlığından / Ahmet Haşim’in ‘Degüstasyon’daki iskemlesine.”<sup>13</sup>*

Bilgi 1967) 70-131.

<sup>8</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu, *İkinci Türk Dil Kurultayı: Müzakere Zabıtları, Tezler, 18-23 Ağustos 1934* (TDK 1934).

<sup>9</sup> Erkinlik ve özgün sözcükleri de öneriler arasındadır. Türk Dil Kurumu, *Türkçeden Osmanlıcaya Cep Kılavuzu* (Devlet Basımevi 1935) 117, 233.

<sup>10</sup> Şair, öz Türkçe üzerine yazdığı bir yazıda Dil Devrimi’ni “Ben, kendi payıma, ne yeni sözlerden korkuyorum, ne de birçoklarını yadırgıyorum. Becerikli bir yapıcı, kurulan yeni yapıda, onların bir çoğunu yadırgatmadan kullanabilir... İş becerikli olmakta...” diyerek temkinli biçimde benimsemiştir. Bkz. Nâzım Hikmet, ‘Öz Türkçe Düşünceler’, Metin İlkin (ed), *Nâzım Hikmet: Aydınlıkçı Şair, Aydınlıkçı Yazar*, (Oda 1976) 64. Fakat şairin yaşadığı zamanlarda özgürlük sözcüğünün pek tutmadığını kaydedelim.

<sup>11</sup> Nâzım Hikmet’in Nâzım Kemal ve hürriyet anlayışına dönük eleştirileri ve bunun olası nedenleriyle ilgili olarak bkz. Cafer Gariper, “Nâzım Hikmet’in Bakışıyla Nâzım Kemal” (2013) (10) Yeni Türk Edebiyatı Araştırmaları 79, 98.

<sup>12</sup> Nâzım Hikmet, *Sanat, Edebiyat, Kültür, Dil, Yazılar – I* (7. Baskı, Adam 1996) 22.

<sup>13</sup> Nâzım Hikmet, *Benerc Kendini Niçin Öldürdü?* (6. Baskı, Adam 1992) 150.



Nâzım, “*takma aslan yeleli*” (büyük olasılıkla bilinen fotoğrafına atıfla) diyerek verdiği Nâmık Kemal’i “*hürriyetin güzel yüzünün dizinde, zenci kölesinin sunduğu altın tastaki şarabı içerek kendinden geçmişçesine şiirler söyleyen biri*” olarak tasvir ederek, aslında “Hürriyet Şairi”ni adeta konfor içinde gevezelik yapan bir yazar gibi gösterir; ayrıca Nâmık Kemal’in hürriyet söyleminin, sözcüğün burjuva anlamıyla bir hürriyet olduğunu da ima eder.<sup>14</sup> Bu, Nâzım’ın 1936’da Kemal Tahir ile yaptıkları söyleşideki belirlemelerinde daha net ortaya çıkmaktadır. Bu söyleşide Nâzım Hikmet, öncelikle Nâmık Kemal’in tarihsel ve sınıfsal koşulların dışında, mutlak ve sınıflardan ayrı bir hürriyetperver ve halkçı olarak gösterilmek istendiğini ve fakat bunun sorgulanması gerektiğini ileri sürer. Nâmık Kemal’in, Cumhuriyet yönetimini “Osmanlıyı batırabilecek bir yönetim” olarak görmesine ve Fransa’da III. Napolyon dönemini idealize eden söylemlerine gönderme yapan Nâzım, Nâmık Kemal’i Osmanlı’da “kendisine bir yol bulmak isteyen burjuvazinin bayraktarı” olarak niteler ve onun hürriyet anlayışının da “adil bir padişah” bulununcaya kadar gidebilen, yani “lüzumu kadar” hürriyet olduğunu iddia eder.<sup>15</sup>

Nâzım Hikmet, bu şiir ve yazılarında Rusya’da Mayakovski ve arkadaşlarının Puşkin, Tolstoy vb. şair ve otorite düzeyindeki yazarları edebiyat dünyasının dışına itip meydan okumalarına (putları yıkma) benzer bir misyonu üstlenmek ister görünür. Ne var ki şair, 1940’lı yıllarda bu konuda özeleştiri yapmaktan geri durmaz. Nâzım, bu yıllarda “inkılapçı liberal burjuva mübeşşir” olarak nitelenebilir. Nâmık Kemal’i, yaşadığı dönemin ve gerçekliğin içinde değerlendirmek ve devrimci mücadeleye katkısı ölçüsünde sahip çıkmak gerektiğini yazmıştır.<sup>16</sup>

Nâzım, gençlik döneminde parçası olduğu (devrimci bir sayfa açmak için eskinin reddiyesine dayanan) “putları yıkma” kampanyasını, sonradan “sekterce” bulmuştur.<sup>17</sup> Fakat şairin bu bağlamda yaptığı eleştiriler, konumuz açısından yadsınamaz önem taşır. Şöyle ki bu eleştiriler, hürriyet kavramının biri liberal, diğeri Cumhuriyetçi olmak üzere iki farklı anlamıyla yakından ilişkilidir. Liberal hürriyet düşüncesi, hürriyet kavramını bir “müdahalesizlik” hâli olarak tanımlar. Başka bir deyişle, bu yaklaşıma göre müdahale yoksa hürriyet vardır. Kişilerin, bedeninin, düşüncesinin ve mallarının mülkiyetine serbestçe sahip olarak özerk biçimde kendilerini gerçekleştirebilecekleri varsayımına dayanan liberal kabullerin uzantısı

<sup>14</sup> Bu tutum, özellikle Hikmet Kuvülcümlü’nün ve onun çevresindeki solcu gençlerin eleştirisini alır. Bkz. Memet Fuat, *Nâzım Hikmet: Yaşamı Ruhsal Yapısı, Davaları, Tartışmaları, Dünya Görüşü, Şiirinin Gelişmeleri* (Adam 2001) 172.

<sup>15</sup> Kemal Tahir, “Nâzım Hikmet”, *Nâmık Kemal İçin Diyorlar Ki* (1. Baskı, Şirketi Mürettebiye 1936) 29-32.

<sup>16</sup> Nâzım Hikmet, *Kemal Tahir’e Mapusaneden Mektuplar* (Milliyet Yayınları 1996). Nâzım, çeşitli yazılarında ilk dönem eleştirilerini Marks ile Nâmık Kemal arasında benzerlik kurulmasına karşı çıkmak için yazdığını ileri sürse de 1940’lı yıllarda özellikle ırkların Nâmık Kemal’i sahiplenmesi karşısında eleştirel tutumunu değiştirmiştir. Şair, bu dönüşümü dialektiğin bir gereği sayar.

<sup>17</sup> Zekeriya Sertel, Sabiha Sertel ve Yıldız Sertel, *Sertel’lerin Anılarında Nâzım Hikmet ve Babıâli* (Adam 1993), 34. Nâzım’ın diğer edebiyatçılarla olan kavgaları ve kavgacı yanı için bkz. Kemal Sülker, *Nâzım Hikmet’in Polemikleri* (Ant 1968); Ergun Göze, *Peyami Safa Nâzım Hikmet Kavgası* (3. Baskı, Yağmur 1975); Zekeriya Sertel, *Mavi Gözlü Dev: Nazım Hikmet ve Sanatı* (Cem 1977) 155-176.

olan bu hürriyet düşüncesi, özgürlüğü, bireysel bir mesele olarak görür. Pek bilinen bir Ajda Pekkan şarkısında geçen “*Hür doğdum hür yaşarım kime ne? / Bu kalp benim değil mi severim severim / Canım nasıl isterse gezer eğlenirim / Her günüm mutlu benim kim ne derse desin / Canım nasıl isterse gezer eğlenirim*” sözlerinde tam olarak karşılığını bulan mantığa göre hürriyet, bireylerin yaşamına “karışılmaması”na indirgenir.

Oysa hürriyet sözcüğünün bir de Cumhuriyetçi anlamı vardır. Buna göre hürriyet, liberalizmle birlikte gelmemiştir; liberalizmden önce de vardır ve bu dönemki kavram-tarihsel karşılığı, tekil müdahale biçimleriyle ilgili değil, kişilerin statüleriyle ilgilidir.<sup>18</sup> Bir kişinin özgür sayılması, “hür statü”de olmasıyla mümkündür. Dolayısıyla mesela bir ülke işgal altında ise o ülkede yaşayan yurttaşlar müdahale yoksa bile özgür sayılmaz. Keza işgal altında olmayan bir ülkede dahi bir kişi örneğin köle ise, sahibinin ona müdahale etmiyor olması o kişiyi “hür” kılmaz. Zira hür olmak, bağımsız bir devlette eşit yurttaşlık statüsünde bulunmakla ilgilidir. Başka bir deyişle hürriyet, “tahakküm yokluğu”dur. Bir işgalci gücün henüz “müdahale” etmemesi, her an için müdahale edebilme keyfilğini ortadan kaldırmaz. Bir sahibin, kölesine iyi davranması aniden tam aksi yönde hareket etmesine engel değildir. Dolayısıyla hürriyet, tekil bir “müdahale yokluğu”nun ötesinde, bütüncül bir “tahakküm yokluğu” anlamına gelir. İşte bu mantıktan hareket edenler, Cumhuriyetçi hürriyet düşüncesinin “tahakkümsüzlük” olduğunu ileri sürer ve modern zamanlardaki liberal olmayan tahakküm karşıtı hareketleri de Cumhuriyetçi hürriyet düşüncesinin bir uzantısı görürler: Örneğin bir feminist, patriarkal tahakküm kalkmadan kadınların; bir ekolojist, antroposentrist tahakküm kalkmadan doğanın; bir etnikçi, ezen ulus tahakkümü kalkmadan bir halkın ve bir sosyalist de sermaye tahakkümü kalkmadan işçilerin ve işçilere bağlı olarak da diğer tüm yurttaşların hürriyete ulaşamayacağını savunurken aslında Cumhuriyetçi bir tutum takınmış olur. Yani Cumhuriyetçiler, hürriyeti bireysel müdahaleden hareketle ile değil, toplumsal tahakkümden hareketle sorgular.<sup>19</sup>

Bir sosyalist olarak Nâzım Hikmet de şiirlerinde Cumhuriyetçi hürriyet düşüncesinin izlerini taşır.<sup>20</sup> Hatta “Bir Hazin Hürriyet” şiirinde “liberal hürriyet” düşüncesine en güçlü Cumhuriyetçi (özel olarak sosyalist) eleştirilerden birini getirmiştir, dersek abartmış olmayız:

*“Satarsın gözlerinin dikkatini, ellerinin nurunu, bir lokma bile tatmadan / yoğurursun bütün nimetlerin hamurunu. / Büyük hürriyetinle çalışırsın el kapısında, ananı ağlatanı / Karun etmek / hürriyetiyle hürsün!*

<sup>18</sup> Quentin Skinner, *Liberalizmden Önce Özgürlük* (Kemal Özdil (çev), İslık 2018).

<sup>19</sup> Philip Pettit, *Cumhuriyetçilik* (Abdullah Yılmaz (çev), Ayrıntı 1998).

<sup>20</sup> Liberal hürriyet yaklaşımının reddi için bkz. Hikmet (n. 1 2016).

*Sen doğar doğmaz dikilirler tepene, / işler ömrün boyunca durup dinlenmeden yalan /  
değirmenleri, / büyük hürriyetinle parmağın şakağında düşünürsün vicdan / hürriyetiyle  
hürsün! / Başın ensenden kesik gibi düşük, / kolların iki yanında upuzun, / büyük hürriyetinle  
dolaşıp durursun, / işsiz kalmak hürriyetiyle hürsün!*

*En yakın insanınmış gibi verirsin memleketini, günün birinde, mesela, / Amerika'ya ciro  
ederler onu seni de büyük hürriyetinle beraber, / hava üssü olmak hürriyetiyle hürsün! /  
Yapışır yakana kopası elleri Valstrit'in, günün birinde, diyelim ki, / Kore'ye gönderilebilirsin,  
büyük hürriyetinle bir çukura / doldurulabilirsin, meçhul asker olmak hürriyetiyle hürsün!*

*Bir alet, bir sayı, bir vesile gibi değil insan gibi yaşamalısınız dersin, / büyük hürriyetinle  
basarlar kelepçeyi, / yakalanmak, hapse girmek, hatta asılmak hürriyetinle / hürsün /*

*Ne demir, ne tahta, ne tül perde var hayatında, hürriyeti seçmene lüzum yok / hürsün. / Bu  
hürriyet hazin şey yıldızların altında.”<sup>21</sup>*

Liberalizm içinde hürriyetin kısmi, sahte ve yanıltıcı olacağını hicivle ifade eden şair, bu nadide eleştirisine koşut olarak pek çok şiirinde, “hürriyet” kavramını “sermaye tahakkümünün kalktığı koşullar” anlamında kullanır. Nadiren kişisel tutsaklığın zıddı<sup>22</sup> ve nispeten daha çok ulusal bağımsızlık anlamında kullanılan<sup>23</sup> hürriyet, Nâzım'ın literatüründe en çok komünizm ile bağlantıdır. Şair, sözcüğü bu anlamıyla sık kullanır.

Nâzım'ın en yakın dostlarından biri olan Abidin Dino'nun aktardığı üzere:

“Hürriyet, Nâzım'ın sık sık tekrarladığı bir sözcük olmuştur, şiirlerinde ve gündelik yaşantısında. Bu söz[ü], yalnız sosyalizme kavuşmamış ülkeler için değil, sosyalizmin maddesel ‘kemikselliğini’ oluşturan, bu yolda ilk adımlarını atan ülkeler içinde gerekli görmüştür.”<sup>24</sup>

Bu anlamıyla “gerçek”<sup>25</sup> hürriyet, “*Ekmeğimizde tuz, kitabımızda söz, ocağımızda ateş*”<sup>26</sup>, milletlerin “arı” sayıldığı yerde “uzak kayalıklarda açan çiçeklerin balı”<sup>27</sup> olan, Küba’da devrim yapanların “*balkutusu bir karpuzu kesiyorlarmış gibi*”

<sup>21</sup> Nâzım Hikmet, “Bir Hazin Hürriyet”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996) 210-211.

<sup>22</sup> Örn. Bkz. “*bilhassa bahada ram eder kendine içerdeki adamı / karıcığım, hürriyet denen iftit...*” Nâzım Hikmet, “Bir Cezaevinde, Tecritteki Adamın Mektupları”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 141; “*Bu anda ne düşmek dalgalara, bu anda ne kavga, ne hürriyet, ne karım. Toprak, güneş ve ben... Bahtiyarım...*”; Hikmet, “Bir Cezaevinde, Tecritteki Adamın Mektupları,” 142; “*penceremde demirlere yapışarak / hürriyetin sütbeyaz maviliğine / sana yazdıklarımı bağıra bağıra okumalıyım...*” Nâzım Hikmet, “Piraye İçin Yazılmış: Saat 21-22 Şiirleri”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 96; “*Seygilim, bu ayak sesleri, bu katliamda hürriyetimi, ekmeğimi ve seni kaybettiğim oldu*” Nâzım Hikmet, “İstanbul”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 122.

<sup>23</sup> Hikmet (n. 22 1992) 87. Bunun benzer yansıması “*Dedim ya, dayı kızı, dedim ya nerde, ne zaman hürriyet dövmüşüm de ön safinda Polonyalı bulunmamış?*” dizelerinde vardır. Bkz. Nâzım Hikmet, “Lehistan Mektubu”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000): 38.

<sup>24</sup> Dino (n. 2) 67.

<sup>25</sup> Bkz. “halk için gerçekten hürriyet için” Nâzım Hikmet, “Gençlik Marşı”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996) 207.

<sup>26</sup> Hikmet (n. 23) 39.

<sup>27</sup> ibid 35.

söylerken ağzını sulandıran bir söze dönüşen<sup>28</sup>, uğruna (paradoksal biçimde) hapis yatılan<sup>29</sup> ve şairlerimizin “yeryüzünde tek esir yurt, tek esir insan / gökyüzünde atomlu tek bulut kalmayınca kadar / malı mülkü aklı fikri canı neyi varsa”<sup>30</sup> ona sunacağı ve günü geldiğinde bu güzelim memlekette “elini kolunu sallaya sallaya” ve “en şanlı elbisesiyle: işçi tulumuyla” dolaşacak olan<sup>31</sup> şeydir.

Nâzım’a göre; bu hürriyet mücadelesi “bir kere bile selamlaşmamış” olsa dahi “aynı ekmeğin aynı hürriyet, aynı hasret için ölebilir”<sup>32</sup> olanlarca yürütülmekte ve eşit bir düzeni amaçlamaktadır:

*“Açlık ordusu yürüyor yürüyor / ekmezsizleri ekmeğe doyurmak için / hürriyetsizleri hürriyete doyurmak için açlık ordusu yürüyor yürüyor / ayakları kan içinde.”*<sup>33</sup>

Bu düzen geldiğinde, “gündüzlerinde sömürülmeyen, gecelerinde aç yatılmayan, / ekmeğin, gül ve hürriyet günleri”<sup>34</sup> de gelmiş olacaktır. O gün de hürriyet, sözcüğün burjuva anlamıyla “kısmi” değil, komünist anlamıyla “mutlak” niteliğini kazanacaktır:

*“Hürriyet hepimize yetmiyor. Hürriyet hepimize yetebilir ve sevda kederi / hastalık kederi, / ayrılık kederi, / kocalmak kederinden gayrisi aşmayabilir eşliğimizi.”*<sup>35</sup>

Bu bakımdan Nâzım’ın politik anlamıyla hürriyet sözcüğünü, aslında Almancadaki “Emanzipation” yani “özgürleşme” veya yaygın çevirisiyle “kurtuluş” kavramına denk biçimde kullandığımızı söyleyebiliriz.<sup>36</sup> Gerçi burada şu notu da düşmek gerekir: Nâzım Hikmet’in hürriyet sözcüğünü kullanımı, her koşulda komünizm için geçerli değildir; bu yolda mücadele edenlerin ilerici uğrakları da hürriyet sözcüğüyle ilişkilidir. Hürriyet sözcüğünün “Bir ölü yatacak / toprağa şıp şıp damlayacak kanı / silahlı milletim hürriyet türkleriyle gelip / zaptedene kadar büyük meydan.”<sup>37</sup> ve “Safları sıklaştırın çocuklar, / bu kavga faşizme karşı, bu kavga hürriyet kavgasıdır.”<sup>38</sup> dizelerindeki kullanımı buna örnek sayılabilir. Buralarda hürriyet sözcüğü, bir bakıma Demokrat Parti tahakkümünden kurtulmayı, diğer bir bakıma ise onu aşan daha ileri bir aşamayı imler. Bu ayrım, bir sonraki başlığın da konularından biridir.

<sup>28</sup> Nâzım Hikmet, “Saman Sarısı”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 81.

<sup>29</sup> Nâzım Hikmet, “1 Mayıs’ta Kızıl Meydan”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 186.

<sup>30</sup> Nâzım Hikmet, “Asya Afrika Yazarlarına”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 118.

<sup>31</sup> Nâzım Hikmet, “6 Aralık 1945”, *Kuvâyi Milliye*, (6. Baskı, Adam 1992) 113.

<sup>32</sup> Nâzım Hikmet, “İstanbul”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 123.

<sup>33</sup> Nâzım Hikmet, “Açlık Ordusu Yürüyor”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 149.

<sup>34</sup> Nâzım Hikmet, “Türkiye İşçi Sınıfına Selam”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 150.

<sup>35</sup> Nâzım Hikmet, “Nereden Gelip Nereye Gidiyoruz?”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 155.

<sup>36</sup> Bu yönüyle hürriyet, Komünizmin “katığı” olabilmektedir: “Mapusanelerde ışıktıydı / hürriyetimin ekmeğimin katığıydı sürgünde her biten akşamdaydı, her başlayan günde: ulu kurtuluş düşü memleketimin.” Nâzım Hikmet, “Niyazalant Sömürgesi”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 112.

<sup>37</sup> Nâzım Hikmet, “Beyazıt Meydanı’ndaki Bir Ölü”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 51.

<sup>38</sup> Nâzım Hikmet, “Hürriyet Kavgası”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 110.

## II. Hükümet

Nâzım Hikmet'in iktidar kavramına nasıl baktığı sorusunun yanıtı, aslında onun ideolojik pozisyonunu ortaya koyarak kestirmeden verilebilir. Bu pozisyonu belirlemek, diğer pek çok şaire nazaran gayet kolaydır. Zira Nâzım'ın Marksist ve Leninist bir Komünist olduğunda kuşku yoktur. Şiirlerinde kendisini açıkça ve birden çok kez “komünist” olarak adlandıran<sup>39</sup> şair, Karl Marx'ı “ustalarımın ustası” diye tanımlar, kendisini anlattığı “Şair” şiirinde de en sevdiği gazeli “*Anti Düringidir Engelsin...*” diye tarif edip “*Hafız Kapital*” (Marx'ın ünlü eseri Kapital'e atıf yapar) olmayı beklediğini söyler.<sup>40</sup> Fakat Nâzım'ın en çok gönderme yaptığı düşünür hiç kuşku yok ki, Ekim Devrimi'nin öncülerinden Vladimir İlyiç Lenin'dir. Lenin'in yeri, Nâzım Hikmet'in şiirlerinde (büyük olasılıkla üyesi olduğu Sovyet Yazarlar Birliği'ndeki atmosferin de uzantısı olarak) Marx, Engels, Atatürk veya Stalin gibi siyasetçilere nazaran açıkça ön plandadır.<sup>41</sup>

Bu dizelere baktığımızda, komünizmin kendi içindeki alt kategorilerle ilişkili olarak: bilimsel ve ütöpik sosyalistler arasındaki yol ayrımında Marksist; günümüzün sosyal demokrasisiyle (Kautsky) gerçekleşen yol ayrımında Leninist olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. “Tek ülkede sosyalizm” ve “sürekli devrim teorisi” ikileminde ise TKP içinde Troçkist olmakla suçlanan, hattâ ölümünden sonra Stalin'i hicveden şiirler yazan şair, yine de bu ayrımında açıkça saf tutmuş değildir.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> “ben, Türk şairi komünist Nâzım Hikmet ben”, Nâzım Hikmet, “İkinci Bölüm”, *Kuvayı Milliye*, (6. Baskı, Adam 1992) 217; “İyi ama doktorcuğum, mesela, nasıl sevinmem dolu dizgin, / gördükçe ben komünist, / burda komünizmin elle tutulur hale geldiğini”, Nâzım Hikmet, “Lidi Vanna”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 23; “üç yaşında Halep'te paşa torunluğu ettim / on dokuzunda Moskova'da komünist Üniversite öğrenciliği”, Nâzım Hikmet, “Otobiyografi”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 102.

<sup>40</sup> Nâzım Hikmet, “Gömlek, Pantolon, Kasket ve Fötre Dair’”, *Benerci Kendini Niçin Öldürdü?* (6. Baskı, Adam 1992) 100; Nâzım Hikmet, “Şair”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992) 97-98. Karl Marx, *Kapital* (Mehmet Selik ve Nail Satlıgan (çevr), Yordam 2021).

<sup>41</sup> Özel olarak bkz. Nâzım Hikmet, “Leninle”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 44.; Nâzım Hikmet, “Lenin Üstüne Vladimir İliç’le Konuşuyorum”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 45-46. Ayrıca bkz. “Vladimir İliç Ulyanof Lenin / ateşten bir dev gibi çıktığı zaman / barikada, / yakalığı da vardı / kıvravatı da... / Bana gelince: / Ben ki, herhangi bir proleter şairiyim, / Marksis-o - Leninist şuur; / 30 kilo kemik, / 7 litre kan, bir iki kilometre kadar; / damar, / adeste, et, sinir ve deriyim;” Hikmet (n. 40 1992) 101; “Yumuşak ve derin / sesiyle Lenin : ‘Dün erkendi, yarın geç / zaman tamam bugün,’ dedi..” Nâzım Hikmet, “Bu Yazı Uzun Seneler Dünya Emperyalizminin Şarkta Kanlı Bekçiliğini Yapan Çarlık Rusyasının Ne Suretle Öldüğüne Dairdir”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 108; “Ve granit kabrinde Lenin. / Ve karların üstüne muzaffer gülümseyişin onun.” Nâzım Hikmet, “İkinci Bölüm”, *Memleketimden İnsan Manzaraları* (6. Baskı, Adam 1992) 456; “Biliyorsun, gülüm, / en kutsal umudumuzun ağacı / Lenin’in memleketinde dikildi. / Fidandı henüz.” Hikmet (n. 23) 38. “Yirminci Kongre’ye geldi Lenin, / gülüyordu mavi, badem gözleri.” Nâzım Hikmet, “Yirminci Kongre”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 73; “Lenin’i göremedim nöbet tuttum tabutunun başında 924’de” Hikmet (n. 39 1999) 102; “Dünya 1 Mayıs’ta Kızıl Meydan olur: / Lenin’in konuştuğu meydan...” Nâzım Hikmet, “1 Mayıs’ta Kızıl Meydan”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 186. “1 Mayıs, / yaşam yirmi, / Lenin sağ.”, Nâzım Hikmet, “1 Mayıs”, *Son Şiirleri*, (20. Baskı, Adam 1999) 187.

<sup>42</sup> Troçkist bir yorum için bkz. Sungur Savran, “Tutsak Bolşevik: Nâzım Hikmet ve Stalinizm” (2016) (26) Devrimci Marksizm 36-89. Şairin, Stalin ile ilgili yazdığı eleştirel şiirin dizeleri şöyledir: “Taştandı tunçtandı alçıdanı kâattandı iki santimden yedi metreye kadar / taştan tunçtan alçıdan ve kâattan çizmeleri dibindeydik şehrin bütün meydanlarında / parklarda ağaçlarımızın üstündeydi taştan tunçtan alçıdan ve kâattan gölgesi / taştan tunçtan alçıdan ve kâattan bıyıkları lokantalarda içindeydi çorbamızın / odalarımızda taştan tunçtan alçıdan ve kâattan gözleri önündeydik / yok oldu bir sabah / yok oldu çizmesi / meydanlardan / gölgesi ağaçlarımızın üstünden / çorbamızdan bığı / odalarımızdan gözleri /

Sonuç itibarıyla iktidar kavramı yönünden Nâzım'ın tüm şiirlerine Komünizmin Marksist-Leninist bakış açısı sinmiştir. Bu yaklaşıma göre amaç, işçi iktidarını ve bu iktidarın komünizme geçişi, burjuvazinin kendi diktatörlüğünü geri getirme olasılığından ötürü proletarya diktatörlüğünü zaruri kılar.<sup>43</sup> Bu zorunluluk durumu da kaçınılmaz olarak zor kullanmayı gerektirir. Nâzım Hikmet, devrimci anlarda “iktidar”ı almak ve elde tutmak için politik şiddeti yadsımaz. Zaten bu nedenledir ki Fransız Devrimi'nin Jakoben öznelere de sahip çıkar. Fransız Devrimi'ni konu ettiği ve Robespierre, Marat, Babeuf, Danton'un adlarını zikrettiği “İhtilâlî Kebir”deki “*Severim kanı: / anamın rahminde olduğu / ve giyotin sepetine dolduğu / için...*”<sup>44</sup> dizeleri ve İspanya iç savaşını konu ettiği “Karanlıkta Kar Yağıyor”da İspanyol devrimcilere dönük “*belki yüzünün bir tarafı biraz / bizim Dumlupınar'da yatana benziyordur / ve bir parça hatırlattıyorsun Robespiyer'i*”<sup>45</sup> dizeleri bu yöndeki sembolik göndermelerden bazılarıdır.

Nâzım, bir Marksist-Leninistten bekleneceği üzere, işçi sınıfının iktidardan uzaklaştırılan sınıflar üzerindeki egemenliğini anlatan ve sınıfsız topluma erişince sönmülenecek olan proletarya diktatörlüğünü de “*Hari, hari / Hurra hurra / Hurrra! / Geçti bize diktatura*”<sup>46</sup> dizelerinde görüldüğü üzere sahiplenir.

\*\*\*

Nâzım'ın hükûmetlere nasıl baktığı konusunu tam olarak kavramak için meseleyi Türkiye özelinde ve tarihsel kesitlere göre ele almak anlamlı olabilir. Şairin yaşamına denk düşen hükûmetler, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Demokrat Parti (DP) hükûmetleridir. Büyük ozanın yaşamının son demleri ise 27 Mayıs müdahalesine ve onun hükûmetine rastlamıştır.

### A. Cumhuriyet Halk Partisi Hükûmeti

1902 doğumlu olan Nâzım Hikmet, 18 yaşına geldiğinde artık Osmanlı İmparatorluğu yoktur. “*On dördümden beri şairlik ederim*” diyen şairin bu konuda

*ve kalktı göğsümünden baskısı binlerce ton taşın tuncun alçımın ve kâadın.*” Vera Tulyakova Hikmet, *Bahtiyar Ol Nâzım*, (Hülya Arslan (çev), Anna Stepanova (haz), YKY 2008) 300-301. Mehmet Perinçek, Nâzım'ın Stalin hakkında yazdığı bir başka şiirin daha bulunduğunu söyler. M. Perinçek'e göre Stalin'in ölümünden 5 gün sonra, 10 Mart 1953'te, Sovyet Yazarlar Birliği'nin aylık yayın organı 'Literaturnaya Gazeta'da (Edebiyat Gazetesi) yayımlanan “Hatırlıyorum” başlıklı şiir, 1953'te Stalin'in ölümü üzerine yazılmış şiirlerden derlenen “Stalin v Serdtse” (Kalpteki Stalin) kitabında ve daha sonra yine Rusça olarak 1953 baskısı ‘Seçme Eserleri’nde de yer almaktadır. Şiir için bkz. Mehmet Perinçek, “Ölümünün 65. Yılı: Stalin'in Cenaze Töreninde DP Hükûmeti Heyeti” (2018) (291) Toplumsal Tarih 90, 94. Memet Fuat, Nâzım Hikmet ve Vâlâ Nurettin'in Troçki'yi tuttuklarını söyler. Bkz. Fuat (n. 14) 61. Vâlâ Nurettin, bu hayranlığın zamanla geçtiğini ifade eder. Bkz. Vâlâ Nurettin, *Bu Dünyadan Nâzım Geçti*, (İzmir: Cem, 1988) 313. Zekeriya Sertel Nâzım'ın, özellikle Stalin dönemindeki hayal kırıklığını vurgular. Zekeriya Sertel, *Nâzım Hikmet'in Son Yılları* (Remzi 2001) 130-133.

<sup>43</sup> Bu konuda bkz. Hal Draper, *Proletarya Diktatörlüğü Tartışması Marx'tan Lenin'e*, (Osman Akınhay (çev), Belge 2013).

<sup>44</sup> Nâzım Hikmet, “İhtilâlî Kebir”, 835 *Satır* (7. Baskı, Adam 1992) 192.

<sup>45</sup> Nâzım Hikmet, “Karanlıkta Kar Yağıyor”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996) 29.

<sup>46</sup> Hikmet (n. 7 2019).

kalem oynatmaya başladığı dönem, Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşüdür. Dolayısıyla şiirlerini esasen Cumhuriyet döneminde yazmıştır.

Nâzım Hikmet'in, Cumhuriyeti, monarşiye yeğlediğini biliyoruz. Bunu, 1908 Devrimi'ni ve "31 Mart ayaklanması" olarak bilinen karşı-devrimci isyanı ezen Harekât Ordusu'nun müdahalesine sahip çıktığını söylediği bir demecinde de ortaya koyar.<sup>47</sup> Şair, "Kuvâyı Milliye Destanı"nda da Anadolu'daki direniş hareketinin yanında durduğunu açıkça göstermiş, hattâ bu direnişi edebi olarak ölümsüzleştirmiştir. Bu eserinde Büyük Taarruz'u anlatırken, Mustafa Kemal Paşa'yı öven şu satırları yazmıştır:

*"Dağlarda tek tek / Ve yıldızlar öyle ışıltılı, öyle ferahtılar ki şayak kalpaklı adam / nasıl ve ne zaman geleceğini bilmeden / güzel, rahat günlere inanyordu / ve gülen bıyıklarıyla duruyordu ki mavzerinin yanında, / birdenbire beş adım sağında onu gördü. Paşalar onun arkasındaydılar: / O, saati sordu. / Paşalar : «Üç» dediler. ; / Sarışın bir kurda benziyordu. / Ve mavi gözleri çakmak çakmaktı. / Yürüdü uçurumun başına kadar, / eğildi, durdu. / Bıraksalar / ince, uzun bacakları üstünde yaylanarak / ve karanlıkta akan bir yıldız gibi kayarak / Kocatepe'den Afyon Ovası'na atlıyacaktı."<sup>48</sup>*

Anadolu hareketinin yanı sıra Cumhuriyet de Nâzım'ın sahiplendiği bir değerdir. Nitekim "Memleketimden İnsan Manzaraları"nda bir ölçüde şairin kendisiyle örtüşen Halil karakteri<sup>49</sup>, Aynacı Asri Yusuf karakterinin "asrileştik mi Abdülhamit ten yana?" sorusuna, "elbette yürüdük, daha da yürüyeceğiz. Bir merdiven çıkıyoruz, diye düşün, / basamaklar, son basamak, / kapı, / kapı açılacak, kendiliğinden değil, biz açacağız elbette, gireceğiz eve, rahat, sıcak" yanıtını verir.<sup>50</sup> Nitekim Cumhuriyet, şairin "bir ölçüde" daha serbest bir dille yazmasına olanak sağlamıştır. Bu serbesti özellikle dinsel konularda görünür olur. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu'nun işgal yıllarında karşılaştığımız dinsel motiflerle, Cumhuriyet'in ilerleyen yıllarında karşılaşmayız. İşgal yıllarında görülen kimi dinsel yakarılar<sup>51</sup> veya tutucu belirlemelerden<sup>52</sup> ziyade,

<sup>47</sup> Nâzım Hikmet, "Türk Subayının Faciası: Dalından Kopup Çürüyen Elma", iç Anjel Açıköz (ed), *Bizim Radyo'da Nâzım Hikmet* (2. Baskı, TÜSTAV 2004) 149.

<sup>48</sup> "Abdülhamid / atardı / Tibbiye talebesini Sarayburnu'nda. / Akıntı götürmüş çuvalları/ bulamadılar... / Çok adam / çok adam asıldı Hürriyete... / Eskiden köprü başında asarlardı, / bunu Sultanahmet'te..."; Nâzım Hikmet, "26 Ağustos Gecesinde Saatler İki Otuzdan Beş Otuz Kadar ve İzmir Rıhtımından Akdeniz'e Bakan Nefer," *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 82-83.

<sup>49</sup> Bu kişinin Hikmet Kivılcımlı olduğunu da düşünebiliriz. Bu konuda bkz. Emin Karaca, *İnancın ve Direncin Adı: Hikmet Kivılcımlı* (Destek 2011).

<sup>50</sup> Nâzım Hikmet, "Üçüncü Kitap", *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 312.

<sup>51</sup> "Göklerden gelmedi hâlâ bir haber/Yıllar var dillerden düşmezken adın/Çok fazla inlettin/Yarabbim yeter/Cezaya çarpmaksa bizi muradın/Yarabbim bahtımız ne kadar kara/Biraz da nurunu yak bu diyara/Bir ışık bu sonsuz karanlıklara/Yarabbi bahtımız ne kadar kara", Nâzım Hikmet, "Yarabbi Bahtımız Ne Kadar Kara", *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1916.

<sup>52</sup> "İslâmın beklediği en şerefli gündür bu; / Rum Konstantiniyye'si oldu Türk İstanbul'u! / Cihana karşı koyan bir ordunun sahibi, Türkün genç padişahu, bir gök yarılır gibi / Girdi "Eğrikapı"dan kir atının üstünde; Fethetti İstanbul'u sekiz hafta üç günde! O ne mutlu, mübarek bir kuluymuş Allahın... / "Belde-i Tayyibe"yi fetheden padişahın / Hak yerine getirdi en büyük niyazını: / Kıldı Ayasofya'da ikindi namazını. / İşte o gündün beri Türkün malı İstanbul, / Başkasının olursa yıkılmalı İstanbul." Nâzım Hikmet, "Sekiz Yüz Elli Yedi", *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1969.

dinden medet ummanın anlamsızlığına dikkat çeken dizeler<sup>53</sup> daha ön plandadır. Söz konusu evrim, 1921 Anayasası'nda Saltanat ve Hilafeti kurtarma çabaları ve İslam'ın resmî din olarak tanınması ile 1928 yılından sonraki Anayasa metninin tüm dini öğelerden arındırılıp tamamen laikleştirilmesi ikilemine benzerdir. Bu bakımdan işgal yıllarında, sembolik önemi olan Ayasofya, Nâzım'ın dizelerinde Fatih Sultan Mehmet'in namazını kıldığı andan itibaren “Türkün malı”<sup>54</sup> olarak yer bulurken, ilerleyen yıllarda “*Ben ne tarih hocasıyım / ne de coğrafya. / Beni ancak / dört köşe taş bir ambar / kadar / alâkadar / eder /Ayasofya!*”<sup>55</sup> biçiminde önemsizleşmiştir.

Bu aktarımlar bir yanılgıya neden olmamalıdır. Nâzım'ın Cumhuriyet'i sahiplenmesi, onu eleştirmediği anlamına gelmez. Şair, Cumhuriyet'i monarşiye göre ileri görse de ikisi arasındaki sınıfsal yapılar yönünden benzerliğe, ironiyle dikkat çeker:

*“Sultan Hamit devrinde, Yemen’de on yıl / askerlik etmemiş babam, yüksek memur / sınıfından, paşazadeymiş kendisi. / Ben sınıf değiştirip komünist oldum, / dokuz yıl hapislik ettim — hem de yalnız bu sefer — / devri dilârâyı Cumhuriyet’te, / ve bu vatan hizmeti / daha ne kadar sürer / belli değil.”*<sup>56</sup>

Öte yandan, şairin doğrudan Mustafa Kemâl Paşa hakkında yazdıklarında da eleştiri bulunabilir. Bu bağlamda en dikkat çekici olan konu, TKP'nin lider kadrosunun Trabzon'dan Sovyetlere geri gönderilmek amacıyla bindirildikleri teknede öldürülmeleri olayıdır. Bu olayın iç yüzü (en azından Mustafa Kemal Paşa ile doğrudan ilişkisi) bugün hâlâ tamamen açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Fakat nesnel gerçek, TKP Genel Sekreteri Mustafa Suphi ve diğer yöneticilerin Türkiye'deki komünist harekete yön vermek üzere 28 Aralık 1920'de Anadolu'ya geçtikleri, Ankara'ya gidip Kemal Paşa ve yönetimindeki hükümetle görüşmeyi hedefledikleridir.<sup>57</sup> Bu hedef doğrultusunda Kars'ta Doğu Cephesi Komutanı Kazım Karabekir Paşa tarafından karşılanan heyet, zorlu Erzurum – Bayburt – Gümüşhane – Maçka güzergâhı üzerinden Trabzon'a sevk edilmiş fakat yolda, kıskırtilan yerel halkın tepkileri ve saldırıları üzerine Batum'a gönderilmek üzere Trabzon'dan bir kayığa bindirilmişlerdir. Kayıktakiler, Trabzon açıklarında Kayıkçılar Kâhyası Yahya Kâhya ve adamları tarafından öldürülmüştür.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> “Yazık, yazık bize ki asırlarca aldandık!... / Karanlıkta çizilen izleri görmek için, / Görüp yüz sürmek için, Yazık, yazık bize ki bir چراغ gibi yandı... / Ne gökten necat geldi, ne bir parça merhamet. / Çalışan esirlere İsa, Musa, Muhammet, / Sade bir satır dua, bir tütsü, buhur verdi / Masal cennetlerinin yollarını gösterdi. / Ne beş vaktin ezanı, ne Anjelüs çanları / Zincirden kurtarmadı yoksul çalışanları. (...) Efendiler, ağalar, evliyalar, keşişler / Ebedî karanlığın boğulsun kollarında. / Artık temiz ruhların aydınlık yollarında / Sade bir din, bir kanun, bir hak: / İşliyen – dışler...”

<sup>54</sup> Hikmet (n. 52).

<sup>55</sup> Nâzım Hikmet, “Bir Şehir Rehberi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 162.

<sup>56</sup> Nâzım Hikmet, “Sultan Hamit Devrinde”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996) 143.

<sup>57</sup> Mustafa Suphi olayına dair bkz. Emel Akal, *Moskova-Ankara-Londra Üçgeninde İştirakiyuncular, Komünistler ve Paşa Hazretleri* (İletişim 2014) 279-292.

<sup>58</sup> Bkz. İsmet Bozbağ, *Mustafa Suphi'yi Kim Öldürdü: Atatürk Mü? Lenin Mi?* (Emre 1992) Ahmet Kardam, *Mustafa Suphi: Karanlıktan Aydınlığa* (İletişim 2020); Emrah Cilasun, *Mustafa Suphi ve Yoldaşlarını Kim Öldürttü?* (Tekin 2021). Ayrıca bkz. TÜSTAV, *1920-21'ler Türkiye'si ve Mustafa Suphi'lerin Dönüşü* (TÜSTAV 2005).



Bu cinayetin kimin tarafından organize edildiğine dair çoklu savlar vardır. Bir sava göre bu katliam, kendi kontrollerinin dışına çıktıkları için Sovyetler Birliği yönetimince organize edilmiş, diğer bir sava göre Suphi'ler özellikle Ruslar nezdinde Enver Paşa ile mücadele ettikleri için İttihatçılarca gerçekleştirilmiştir.<sup>59</sup> Bir başka sava göre ise süreç, Atatürk'ün emri ve/veya bilgisiyle gerçekleşmiştir.<sup>60</sup> Fakat her hâlükârda Türkiye'nin kaderini derinden etkileyen, edebiyat dünyasında dahi önemli yankılar bulan<sup>61</sup> bu olay, doğal olarak Nâzım Hikmet'in dizelerine de yansımıştır.<sup>62</sup> Bunlardan “28 Kanunisâni”, Mustafa Kemal ile ilgili de satırlar barındırır:

*“Trabzondan bir motor açılıyor / Sa-hil-de-ka-la-ba-lık! / Motoru taşıyorlar / Son perdeye başlıyorlar! / Burjuva Kemal'in omuzuna binmiş / Kemal kumandanın kordonuna / Kumandan kâhyanın cebine inmiş / Kahya adamlarının donuna / Uluıyorlar / Hav... hav... hak... tü / Yoldaş unutmama bunu burjuvazi / Ne zaman aldatsa bizi / Böyle haykırır: / – Hav... hav... hak... tü”<sup>63</sup>*

Bu şiirde özellikle “Burjuva Kemal'in omuzuna binmiş” ifadesi dikkat çekici ama aynı zamanda tartışmalıdır. “Kemal'in omuzuna” binen burjuva mı, yoksa ifade “Burjuva Kemal” biçiminde bir tamlama mıdır, bu net değildir. Tümcede virgül olmadığı için “Burjuva Kemal” ifadesi ayrılmaz bir görüntü sunmaktadır. Fakat bu biçimiyle anlam bozuktur. Arada virgül varsayıldığında tümce anlamlı hâle gelmekte, o zaman da Burjuvadan Mustafa Kemal'e, Mustafa Kemal'den kumandana, kumandan kâhyaya, kâhyadan adamlarına giden bir silsileden bahsedilmiş olmaktadır. Yani Nâzım Hikmet, Mustafa Kemal Paşa'nın doğrudan doğruya bu olayın örgütleyeni saymasa da silsilenin içinde görmektedir.<sup>64</sup> Dolayısıyla virgül nerede olursa olsun Paşa'yı eleştirdiği açıktır. Fakat bu eleştirinin dolaylı yönü, yaşanan trajedi karşısında yumuşak dahi sayılabilir.

Anılan dönemde eleştirel şiirleri, sadece Mustafa Kemal'le sınırlı değildir. İlk çok partili hayat denemesi için kurulan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'na dönük eleştirisini CHP'nin manipülatifliğini de hicvederek anlatmış ve son bölümde şiir, bu ikilemin ötesinde bir komünist alternatifte dikkat çekilerek bitirilmiştir:

<sup>59</sup> Enver Paşa'nın kendisi istemese bile İttihatçıların onun adına öldürmeleri olasıdır. Bu konuda bkz. Murat Bardakçı, *Enver Paşa* (Türkiye İş Bankası Kültür 2019).

<sup>60</sup> Atatürk'ün her koşulda Mustafa Suphi hakkında olumlu konuşmadığı ve bu bağlamda Kâzım Karabekir'e sahip çıktığı kaydedilmelidir. Gizli tutanaklar ve görüşmeler için bkz. Hamit Erdem, *Mustafa Suphi* (3. Baskı, Sel 2010) 255-256.

<sup>61</sup> Cezmi Gürbüz, *Mustafa Suphi Olayı ve Edebiyata Yansımaları* (Berfin 2021) 34-35.

<sup>62</sup> Örn. bkz. Nâzım Hikmet, “Kalbim”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 160; Nâzım Hikmet, “On Beşler İçin”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı YKY 2019) 1984; Nâzım Hikmet, “On Beşlerin Kitabesi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1986.

<sup>63</sup> Yapı Kredi Yayınları, şiirdeki bu kısmı sansürlemiştir. Bkz. Nâzım Hikmet “28 Kânunisâni”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 2058.

<sup>64</sup> Hatta buradaki kâhyanın adamlarına dönük “donuna” metaforunun cinsel menfaate, kâhyaya dönük “cebine” metaforunun parasal menfaate, kumandana dönük “kordonuna” metaforunun silahlı desteğe, Mustafa Kemal'e dönük “omuzuna” metaforunun da politik desteğe/çıkara işaret ettiği de düşünülebilir.

“Aldı sazı ele Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası, / Bakalım ne dedi: / Bizim fırkaya derler / Cumhuriyetçi Terakkiperver / Hem firkacıyız hem berber / İşçiyi çiftçiyi tıraş ederiz / Perdah olmazlarsa telaş ederiz. / Yaldızlı bir kazık kakalım / İşçinin açlıktan kokan nefesine / Mavi boncuk takalım / Köylünün püskülsüz fesine / Fakat hürmetle riayetle bakalım / Ecnebi sermayesine / İşçiyi çiftçiyi tıraş ederiz / Perdah olmazlarsa telaş ederiz.

Aldı sazı ele Halkçı Cumhuriyet Fırkası, / Bakalım ne dedi: / Terakkiperver'lere kanmayın / Onlar dostunuzdur sanmayın / Parmağınızı siyasete banmayın / Palan olsa da sırtınıza sırma hırkamız / Samansız bırakmaz sizi Fırkamız. / Çıkar elbet bir gün Mesai Kanunu / Yüz sene, bin sene bekleyin bunu / İşte buna derler Ali Cengiz oyunu / Palan da olsa sırtınıza sırma hırkamız / Samansız bırakmaz sizi Fırkamız.

Aldı sazı ele amele ve köylü, / Bakalım ne dedi: / Semerkant elinden yollasanız da / İçini ipekle çullasanız da / Ne kadar telleyip pullasanız da / Sırtıma vurulan palandır palan / İnanmam yalandır, yalandır, yalan.”<sup>65</sup>

Fakat bu iki ayrıksı şiir dışında Nâzım'ın, Kemalist yönetimi doğrudan hedef almamış olması dikkat çeker.<sup>66</sup> Bu durum, kimileri için onun utangaç bir Kemalist (ve sosyal şovenist) olmasından ileri gelirken, diğer bazıları ise Nâzım'ın Kemalist olsaydı TKP içinde mücadele etmek yerine Ankara'nın hizmetine gireceğini söyleyerek bu yaklaşıma katılmaz.<sup>67</sup>

Bu konuda bağlamdan kopuk bir değerlendirme doğru olmaz. Dahası, tarihsel seyir, bu seyirde TKP'nin politikaları ve Nâzım Hikmet'in kişisel durumu bunu gerektirmiş olabilir. Şöyle ki; Nâzım Hikmet, Moskova'daki eğitiminden Türkiye'ye döndükten kısa bir süre sonra (1925) Takrir-i Sükûn Kanunu'nun çıkarılmış ve İstiklal Mahkemesi'nde yargılanıp kürek mahkûmiyetine çarptırılmış ve bunun üzerine aynı yıl yurt dışına kaçmıştır. Bir süre sonra, Türkiye'de gizli faaliyet gösteren TKP üyelerine karşı yapılan yaygın tutuklamaların (1927 Tevkifatı) ardından, tutuklanan kimi yöneticiler (örn. Şevket Süreyya Aydemir) Kemalist yönetimle uzlaşarak bir ölçüde meşruluk (yasal Kadro Dergisi) kazanmıştır. Bu süreçte açıkça Mustafa Kemal ile çatışmamak kaydıyla ülke içinde çalışma yapabilen komünistlerin arasında, 1928'de yurda dönen Nâzım Hikmet de vardır. 1930'lu yıllarda Sovyetler Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ilişkilerin olumlu seyretmesi üzerine<sup>68</sup> Komintern'in TKP'ye talimatının, Kemalist rejime karşı sert muhalefet yapmaması yönünde olduğu da hesaba katıldığında, (1934'te partiden ihraç edilen) şairinin kaleminin ucunun söz

<sup>65</sup> Nâzım Hikmet, “Destan”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1985.

<sup>66</sup> Nâzım Hikmet'in büyük dayısı Ali Fuat Cebesoy'un aktarımına göre Atatürk, şiirlerini sıklıkla gramafonda dinlediği Nâzım Hikmet'i yetenekli görmekteydi ve yanına çağırmak istemiştir. Fakat Nâzım, “Belki bir kusur işlerim, bir terbiyesizlik yaparım, bana çıkışır, gözünden düşerim” düşüncesiyle yanına çağırılmamasını rica etmiştir. Ali Fuat Cebesoy, *Bilinmeyen Hatıralar: Kuva-yı Milliye ve Cumhuriyet Devrimleri* (Temel 2001) 307.

<sup>67</sup> Örneğin sırasıyla bkz. Hüseyin Can, *Nâzım Hikmet ve Kürtler: İttihatçı-Kemalist İdeolojiden Kurtulmamış Sosyal Şoven TKP'nin Üyesi Bir Şair* (Peri 2010); Hikmet Akgül, *Nâzım Hikmet: Siyasi Biyografi* (Çiviyazıları 2002) 142.

<sup>68</sup> SSCB ile 1925'te yapılan dostluk ve saldırmazlık antlaşmasının süresi 1929'da ve 1931'de (beş yıl için), 1935'te (on yıl için) yenilenmiş, 1932'de SSCB'den 8 milyon dolar ekonomik kredi antlaşması imzalanmış, 1935'te İktisat Vekili Celal Bayar Moskova ziyaretinde bulunmuştur. Bu süreç hakkında bkz. Mete Tunçay, *Türkiye'de Sol Akımlar-II* (BDS 1992) 33 vd.; Bilal Şen, *Cumhuriyetin İlk Yıllarında TKP ve Komintern İlişkileri*, (Küyerel 1998).

konusu süreçte Kemalist hükûmete karşı neden keskin olmadığı anlaşılabilir hâle gelmektedir.<sup>69</sup>

Atatürk'ün yaşamının sona erdiği 1938 yılı ise Nâzım'ın ordu mensupları arasında komünizm propagandası ve örgütlenme faaliyetleri yürüttüğü iddiasıyla Harp Okulu Komutanlık Askerî Mahkemesinde “askerî kişileri üstlerine karşı kışkırtmak” suçundan yargılandığı yıldır.<sup>70</sup> Nâzım Hikmet'in aldığı on beş yıllık hapis cezasının, özellikle büyük dayısı (Mustafa Kemal'in sınıf ve silah arkadaşı) Ali Fuat Cebesoy'un aracılığıyla onanmayacağı düşünülse de Paşa'nın hastalığından ötürü bu süreçle ilgilen(e)mediği iddia edilir.<sup>71</sup> Keza Nâzım'ın Atatürk'e bir af mektubu<sup>72</sup> yazdığı ve her an için bir af beklentisi içinde olduğu da bilinir.<sup>73</sup>

Öte yandan, Atatürk'ün ölümünden sonra Nâzım Hikmet'in, hapisane yıllarında özellikle Hasan Ali Yücel'in himayesinde olduğu, hatta Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan çeviri dizisine Tolstoy'un “Savaş ve Barış” kitabının tercümesine TKP'li Zeki Baştumar'la birlikte katıldığı da iddia edilmektedir.<sup>74</sup> Nâzım'ın “Sevmişim Meğer” şiirinde “*hapiste Türkçeye çevirdim iki cildini Savaşla Barış'ın*” demesi<sup>75</sup> de bunu doğrular.<sup>76</sup> Bunlardan hareketle Nâzım'ın cezaevi yıllarında, rejimi açıkça karşısına almak istemediğini tahmin edebiliriz. Bu durum, Nâzım'ın cezaevinden çıkmasına kadar sürmüştür.

Öte yandan, Atatürk'e yazdığı bir mektupta da Kemalist inkılapların yanında olduğunu yazan Nâzım, Atatürk'ün ölümünden sonra 1954'te daha serbest olduğu dönemde Budapeşte Radyosu'na verdiği demeçte Kemalizm ile ilgili şunları söylemiştir:

“Türkiye’de en büyük mesele; yurt meselesidir, evimizin meselesidir. Evimizin bağımsızlığı meselesidir. Kim bizim eve hırsız sokmuşsa ve kim bizim evde bizi bu

<sup>69</sup> Ankara'yı dost tutmak isteyen Komüntern'in TKP'ye dönük erken dönem eleştirileri için bkz. Araştırma Grubu, *Parti Tarihi: Türkiye Komünist Partisi'nin Kuruluş Dinamikleri – I* (Yazılama 2021) 245 vd. Ashında Nâzım Hikmet, 1933'te dört yıl hapis cezası olsa da Cumhuriyet'in 10'uncu yılı affından yararlanmıştı. Bkz. Erden Akbulut, *Komintern Belgelerinde Nâzım Hikmet* (1. Baskı, TÜSTAV 2002) 9.

<sup>70</sup> Bu yargılamanın hukuksal analizi için bkz. Fuat Uluç, *Nâzım Hikmet ve 1938 Harbökulu Olayının Gerçek Yönü* (1. Baskı, Ayyıldız 1967); Türkiye Yazarlar Sendikası, *Nâzım Hikmet'e Armağan* (Tekin 1977) 17-53. Mehmet Ali Sebük, *Nâzım'ın Özgürlük Savaşı* (Cem 1990). Bu yargılama sırasındaki tahliye konusundaki Türk solunda yaşanan tartışmalar için bkz. Akgül (n. 67) 207-215.

<sup>71</sup> Bu konudaki ayrıntılar için bkz. A. Kadir, *1938 Harp Okulu Olayı ve Nâzım Hikmet* (İstanbul Matbaası 1967) 175.

<sup>72</sup> Ayrıntılar için bkz. Uğur Mumcu, *40'ların Cadı Kazanı* (20. Baskı, um:ag Vakfı 1990) 163-164. Nâzım Hikmet'in üvey oğlu Memet Fuat, bu mektubun Atatürk'e okutulmadığını anlatır. Bkz. Fuat (n. 14) 241-244. Ayrıca bkz. Hıfzı Topuz, *Hava Kurşun Gibi Ağır: Nâzım Hikmet'in Romanı* (6. Baskı, Remzi Kitabevi 2011) 141-143. Bu anlatımlara dönük eleştirel bir perspektif için bkz. Akgül (n. 67) 193.

<sup>73</sup> Bkz. Kadir (n. 71) 75, 175; Kemal Sülker, *Nâzım Hikmet Dosyası* (3. Baskı, May 1967) 50-51,132; Kemal Sülker, *Bilinmeyen Mektuplarıyla Nâzım Hikmet Orhan Kemal Dostluğu* (Amaç 1988) 94-97.

<sup>74</sup> Hikmet Tanyu, *Türkçülük Davası ve Türkiye’de İşkenceler* (Kayseri Erciyes Matbaası 1950) 13-14.

<sup>75</sup> Nâzım Hikmet, “Sevmişim Meğer,” *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1800.

<sup>76</sup> Lev Tolstoy, *Harp ve Sulh* (Zeki Bastimar ve Nâzım Hikmet (çevr), Maarif Vekaleti 1945). Bu konudaki gelişmeler için bkz. Saim Göksoy ve Edward Timms, *Romantik Komünist: Nâzım Hikmet'in Yaşamı ve Eseri*, (Barış Gümüşbaş (çev), 4. Baskı, Doğan Kitap 1999) 229.

hırsıza hizmetçi yapmışsa mürteci olan odur. Kemalizmin prensiplerine düşman olan odur. (...) Bunlar Kemalizmi inkâr etmişlerdir, bunlar vatan hainidir.”<sup>77</sup>

Fakat tüm bu anlatılanlardan Kemalist yönetime tamamen sadık bir şair görüntüsü çıkmamaktadır. Nâzım; Kemalizmi, anti emperyalist ve anti feodal karakteriyle ilerici sayan ama aşılması gerektiği düşüncesiyle eleştiren (yani sağdan bir eleştiri değil, soldan eleştiri getiren) biridir.

## B. Demokrat Parti Hükûmeti

Nâzım Hikmet’in son mahpusluğunun sona erdiği yıl (1950), Demokrat Parti’nin de iktidara geldiği yıldır. Bu dönemde Nâzım, eleştirilerin daha rahat biçimde dile getirmeye başlamış, şiirlerindeki ton da sertleşmiştir. Fakat bu, hızla gerçekleşmiş değildir. Demokrat Parti’nin ilk kuruluş yıllarında Nâzım, bu konuda kalem oynamamıştır. Bunda DP’nin kuruluş sürecinde tek parti rejimine, özellikle de İsmet İnönü’nün millî şefliğine karşı sağ ve sol arasında mevcut olan dirsek temasının payı da bir ölçüde varsayılabilir.<sup>78</sup> Kuruluş döneminde, hızla iktidara gelme çabasıyla solla da ittifak yapan DP, halkı arkasına almak için kimi sol temaları demagojik şekilde kullanmıştır.<sup>79</sup> İşçi sınıfına grev hakkını tanıyacağını beyan etmiş, “ucuzluk” söylemiyle uzun zamandır vergi yükü altındaki köylülerden destek toplamıştır.<sup>80</sup> Bu dönemde sol saflarda da DP bağlamında bir “demokratik cephe” kurma umudu baş vermiştir.<sup>81</sup> Fakat bunun sahteliğini anlamak için çok geçmesi gerekmemiş, DP gerçek güzünü kısa süre içinde göstermiştir. Tan Gazetesi baskınıyla başlayan yol ayrımı, dönemin oldukça önemli başlıklarından biri olan grev hakkının ısrarla tanınmaması, Türkiye’nin, Kore Savaşı’na sokulup NATO’ya üye kılınmasıyla derinleşmiştir. Dahası, bu gelişmelere tepki gösteren ve TKP’ye yakın isimlerin oluşturduğu Barışseverler Cemiyeti üyeleri de DP iktidarı altında keyfi biçimde tutuklanmıştır.

Nâzım Hikmet, bu gelişmeleri şiirlerine konu etmiştir. Nâzım’ın, New York Times’ta çıkan bir DP haberinden hareketle yazdığını söylediği hiciv yüklü şiiri şöyledir:<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Aziza Rüya, “Bu Memleket Bizim,” (2017) (30) Karabatak 101. Nâzım’ın daha erken zamanlarda, evine gelen (hafiye olduğundan kuşkulandığı) bir askeri öğrenciyi, subay çıkınca erata altı oku anlatmasını salık vermesi ilginçtir. Bkz. Fuat (n.14) 223.

<sup>78</sup> Bu bu dirsek teması hakkında bkz. Uğur Mumcu, *Aybar ile Söyleşi Sosyalizm ve Bağımsızlık* (8. Baskı, Tekin 1993) 36-37; Taner Timur, *Türkiye’de Çok Partili Hayata Geçiş* (İletişim 1991) 33.

<sup>79</sup> Timur (n. 78) 100.

<sup>80</sup> Timur (n. 78) 44-45.

<sup>81</sup> Bu süreç Tan Baskını ile bir ölçüde kesintiye uğramış olsa da TKP’den ayrılan Türkiye Sosyalist Emekçi ve Köylü Partisi’nin (eskiden TKP’nin) lideri Şefik Hüsnü Deymer bu umudu bir süre daha ayakta tutmuştur. Bkz. Mumcu (n.72) 95-96. TKP çizgisinden gelen bir diğer parti olan ve Esat Adil önderliğinde kurulan Türkiye Sosyalist Partisi (TSP) ise DP’yi bir muvazaa güden bir düzen partisi olarak reddediyordu.

<sup>82</sup> Haber, DP’nin basın özgürlüğünü yok sayıp liberal muhaliflerini (örn. Gazeteci Hüseyin Cahit Yalçın) tutuklatmasını konu alır ve “Bu durum Türkiye’nin Batıdaki dostlarını kederlendirmektedir.” Notuyla tamamlanır. Nâzım, bunların üstüne gider.

“Şaşkınlığın bu kadarına doğrusu ya pes. / Bindiğin dalı kesiyorsun Adnan Menderes. / İlle de asıp kesmek geliyorsa içinden / Ezmekte devâm et Barışçılar'ı, ama sen / Meselâ Yalçın'ı da tüküyorsun deliğe / İhtiyarcık sana azıcık cilve yaptı diye, / Git, koş, elini öp, af dile, yüzünü güldür, / O, yalnız altın kafeslerde öten bülbüldür.

O, matbaalar yıktırıp kitaplar yaktıran, / O, büyük demokrat, O, hürriyetçi kahraman, / Moskova'yı atomlayalım diyen insanı... / Kendine acımazsan bize bir parça acı. / A be Adnan Menderes, böyle bir dal kesilmez, / Böyle şaşkınlıkların sonu da iyi gelmez... / Şu muhalefetle de alıp veremediğin ne? / Niye öyle hışımla yürüyorsun üstüne? / Kore'ye asker gönderdin de 'Hayır' mı dedi? / 'Kan aktı hesabı sorulmalıdır!' mı dedi? / Orduyu emrimize verdin, ses çıkardı mı? / 'Olmaz olsun' mu dedi Amerikan yardımı? / Feryat mı etti 'İstiklâl elden gitti' diye? / Zavallı, sımsıkı sarılmış demokrasiye : / 'Başvekil merasimsiz karşılanmalı' diyor. / Bir de bazan coşarak 'Hayat pahalı' diyor. / Bu aksoylu muhalefeti ezilir görmek / Türkün Batılı dostlarını pek üzüyor pek. / Şaşkınlığın bu kadarına doğrusu ya pes. / Bindiğin dalı kesiyorsun Adnan Menderes.

Hani, her işte bizden örnek alacaktın ya? / Hürriyet nizamına sâdik kalacaktın ya? / Vaadettin tanımadın işçinin grev hakkını. / O hakkı bizim tanıdığımız gibi tanı. / Elli istiyorlarsa ateş aç, sonra beş ver. / Ama ufak tefek grevlerde anlayış göster. / Sendika liderlerinizin birçoğu zaten / bizde olduğu gibi emir alır polisten. / Niye telaşlanıp kaybedersin vekarını? / Hem de kırarsın liderlerin itibarını? / Şaşkınlığın bu kadarına doğrusu ya pes, / Bindiğin dalı kesiyorsun Adnan Menderes.

Senin bindiğin dallar ve bindiğimiz dallar, / Unutma bu dallardan başka asıl ağaç var, / öfkeyle humurdanan yarı çıplak, yarı aç, / bizi silkip atmaya fırsat kollıyan ağaç...<sup>83</sup>

Bu dönemde, dünya konjonktürü ve Türkiye'nin savaş sonrası konumlanışı açısından özellikle Kore Savaşı büyük önem taşır. Demokrat Parti hükümetinin (Anayasa'ya aykırı bir tutumla, TBMM'yi dışlayarak) Kore savaşına katılma kararı, Nâzım'ın “Son Şiirleri”nde özellikle öne çıkar.<sup>84</sup> Nâzım, Kore Savaşı üzerine şiir yazan çok sayıda şairden hem konuyu ele alışını (örneğin Turgut Uyar, savaşın vatan ve aile hasretiyle bağlantılı olarak şiirine konu etmiştir) hem de politik hattı (açıkça Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti yanlısı olması) uyarınca ayırır.<sup>85</sup> Bu dizelerde yaşamını yitiren Mehmetçiklere ağıt yaktığı gibi<sup>86</sup>, onlardan “kardeşlerine teslim olmasını”<sup>87</sup> veya “askerden kaçmasını”<sup>88</sup> isteyen Nâzım, edebi açıdan çok güçlü olan şiirlerini yine sanki bir silah gibi kullanmış, hattâ âdeta askerlerin arasında elden ele

<sup>83</sup> Nâzım Hikmet, “Gerileyen Türkiye Yahut Adnan Menderes'e Öğütler”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 64-66.

<sup>84</sup> Bu Anayasa'ya aykırı tutum edebiyat çevrelerinde dahi yankı uyandırır. Örneğin Meclis'in dışlanması konusunda Peyami Safa'nın eleştirisi için bkz. Peyami Safa, “Bu Ne Patavastızlık” (1950) (104447) Ulus 1.

<sup>85</sup> Kore savaşı hakkındaki şiirler, romanlar ve hikâyeler için bkz. Şule Çetin, “Kore Savaşı'nın Türk Edebiyatında Uyandırdığı Akisler” (2018) 58(1) Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi 43-74.

<sup>86</sup> “Kore'nin etrafı çepçevre meşe /Kurdunu kuşunu doyurduk leşe /Hüngür hüngür ağlasın gelin Hatçe”Nâzım Nâzım Hikmet, “Kore Türküsü,” *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 17.

<sup>87</sup> “Biz Türkler yiğitizdir. Yiğitliğin zerresi kaldıysa sende, / teslim ol./ Telim ol ananın başı için,/ teslim ol Türk halkı adına, / Ahmet, kardeşim, / kardeşlerine teslim ol.” Nâzım Hikmet, “Mektup”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1508.

<sup>88</sup> “Mangalardan birinin bilmem kaçını eri. Selam vermedin diye, / çipil teğmeni, basıyor tokadı sana. Sen sımsıkı duruyorsun, / yüzünde baş parmağın yeri. Biliyorum Hasan oğlu Hüseyin / kaçacaksın, katletmeye gitmeyeceksin Koredeki kardeşlerini...” Nâzım Hikmet, “Seni Düşünüyorum”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 12.

dolaşım tesir gösterecek bir “devrimci yenilgicilik” bildirisine de dönüştürmüştür.<sup>89</sup> Bu, Nâzım’ı, günümüzün ideolojiszleştirilerek çocuksu / bireyci bir reaksiyon makinasına dönüşen pek çok “muhalif” edebiyatçıdan farklı kılan yönlerden biri olsa gerekir. Günümüzün muktedirlerine karşı bu cesaretle kaleme alınan satırların yokluğunun aksine Nâzım, bu bağlamda doğrudan Başbakan’a yüklenmekten geri durmamıştır. “Kore’de Ölen Bir Yedek Subayımızın Menderes’e Söyledikleri” bölümünde yer alan “Diyet” şiiri şöyledir:

*Gözlerinizin ikisi de yerinde, Adnan Bey, / iki gözünüzle bakarsınız, / iki kurnaz, / iki hayın, / ve zeytini yağlı iki gözünüzle / bakarsınız kürsüden / Meclis’e kibirli kibirli / ve topraklarına çiftliklerinizin / ve çek defterinize.*

*Ellerinizin ikisi de yerinde, Adnan Bey, / iki elinizle okşarsınız, / iki tombul, / iki ak, / vıcık vıcık terli iki elinizle / okşarsınız pomadalı saçlarınızı, / dövizlerinizi, / ve memelerini metreslerinizin.*

*İki bacağımızın ikisi de yerinde, Adnan Bey, / iki bacağınız taşır geniş kalçalarınızı, / iki bacağınızla çıkarsınız huzuruna Eisenhower’in, / ve bütün kaygınız / iki bacağımızın arkadan birleştiği yeri / halkın tekmesinden korumaktır.*

*Benim gözlerimin ikisi de yok. / Benim ellerimin ikisi de yok. / Benim bacaklarımın ikisi de yok. / Ben yokum. / Beni, Üniversiteli yedek subayı, / Kore’de harcadınız, Adnan Bey.*

*Ellerinizi itti beni ölüme, / vıcık vıcık terli, tombul elleriniz. / Gözleriniz şöyle bir baktı arkamdan / ve ben al kan içinde ölüren / çılgılığımı duymamanız için / kaçırdı bacaklarınız sizi arabanıza bindirip.*

*Ama ben peşinizdeyim, Adnan Bey, / ölümler otomobilden hızlı gider; / kör gözlerim, / kopuk ellerim, / kesik bacaklarımla peşinizdeyim.*

*Diyetimi istiyorum Adnan Bey, / göze göz, / ele el, / bacağa bacak, / diyetimi istiyorum, / alacağım da.”<sup>90</sup>*

Nâzım’ın aynı bölümdeki “Korku” başlıklı şiiri de yine yeniden Kore’ye gönderilen askerler bağlamında doğrudan Menderes’i hedef alır:

*“Korkuyor Adnan Menderes / ölümlerden korkuyor. / Kore dağlarından geliyor kimi / apaçık gözleri dumanlı / kaytan bıyıkları kanlı / yaşları yirmi.*

*Korkuyor Adnan Menderes / ölümlerden korkuyor / hele çocuk ölümlerinden. / Karınları davul gibi, boyunları çöpten ince, / kırıyorlar Adnan Bey’in mutfak camlarını / her gece mezarlarından çıkınca...*

<sup>89</sup> Devrimci yenilgicilik konusunda bkz. Vladimir İlyiç Lenin, *Yenilgicilik ve Enternasyonalizm* (Ferit Burak Aydar (çev), Agora 2009).

<sup>90</sup> Nâzım Hikmet, “Kore’de Ölen Bir Yedek Subayımızın Adnan Bey’e Söyledikleri”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1690.

*Korkuyor Adnan Menderes / dirilerden korkuyor / hele çarıklılardan / hele kasketlilerden. / Kasketliler hayını başışlamayı bilmez. /*

*Korkuyor Adnan Menderes / kocaman yanakları / sarkıyor yağı, sarı / Korkuyor Adnan Menderes / üç saata indi uykusu. / Korkuyor Adnan Menderes / hiçbir korkuya benzemez / halkını satanın korkusu.”<sup>91</sup>*

Nâzım, sert şiirlerini Demokrat Parti hükümetinin öne çıkan diğer başka aktörlerine de (örneğin Refik Koraltan’a) yöneltmiş, hattâ İsmet İnönü’yü de (“*Biliyoruz, biliyoruz, / bu vatanın anasını ağlatan / bir İsmet, bir Adnan, bir de Koraltan*”) bu eleştirisine dâhil etmekten geri durmamıştır.<sup>92</sup> Fakat bu eleştirel dizelerde dahi büyük payı yine Menderes almıştır:

*“Türküler söylendikçe Türk diliyle / Seni seviyorum gülüm, dendikçe Türk diliyle / Türk diliyle gülünüp / Türk diliyle ağutlar yakıldıkça, Adnan Bey, / ben anlacağım, / anılacak Türk diliyle size sövüşüm.*

*Tarlalarımıza girmiş değil sizin gibisi yaban domuzunun. / Şehrimiz görmüş değil yangının sizden kanlısını. / Bir adınız var, Adnan Bey, adımıza benzeyen. / Dilimiz kuruyor dilimizi konuştuğunuz için. / Bitten, açlıktan, sıtmadan betersiniz.*

*Yüz Türkiye olsa / elinizden de gelse / yüzünü de zincire vurur / yüz kere satarsınız. / Milletimin en talihsiz gecesi / ana rahmine düştüğünüz gecedir.”<sup>93</sup>*

Bu şiirler, Nâzım Hikmet’in genel olarak karşı-devrimci bir gerici parti olarak gördüğü Demokrat Parti’nin, özel olarak da Adnan Menderes’in amansız bir karşıtı olduğunu gösterir.

### C. 27 Mayıs Müdahalesi

Nâzım Hikmet’in Demokrat Parti’yi konu aldığı şiirlerden ilki, Cem Eroğul’un tasnifiyle partinin yükselme döneminin (1950-1954) sonu, duraklama döneminin (1954-1957) başlarına denk gelir. Bu son dizeler ise yıkılma dönemi (1957-1960) zamanında yazılmıştır.<sup>94</sup> Söz konusu dönemde Demokrat Parti’nin artık “Anayasa’yı ihlal” ettiği iyice su yüzüne çıkmış, Fuat Köprülü gibi kurucu kadrolar dahi partiyi terk etmeye başlamıştır.

Menderes’in sonradan yargılanıp mahkûm edileceği bu “Anayasa’yı ihlal” eylemleri çok yönlüdür. “Siz isterseniz Hilafeti bile getirirsiniz” söyleminde sembolleşen yaygın laiklik karşıtlığı (dinsel eğitimin yaygınlaştırılması ve cemaatlerin fiilen tekrar tanınmaya başlanması vb. pratikler dikkate alındığında) en dikkat çekenlerdendir. Yargı erki, yargıçların erken emekli edilmesi gibi yollarla

<sup>91</sup> Nâzım Hikmet, “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Korku”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1707.

<sup>92</sup> Nâzım Hikmet, “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Refik Koraltan”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1706.

<sup>93</sup> Nâzım Hikmet, “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Adnan Bey”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1704.

<sup>94</sup> Cem Eroğul, *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (Yordam 2013).

bağımsız olmaktan çıkarılmıştır. Yasama erki bünyesinde, milletvekillerinin dokunulmazlıkları, keyfi biçimde kaldırılıp tutuklama tedbiri uygulanmış, muhalif partiler kapatılmış, kapatılmıyorsa da mallarına el konulup “Tahkikat Komisyonu” gibi araçlarla kriminalize edilmiştir. Yürütme organında; özerkliğe sahip olması beklenen üniversitelerde “kara cübbeliler” olarak yaftalanan öğretim üyeleri keyfi soruşturmalar sonucunda cezalar almış, emekliye sevk edilmiş veya sürgün edilmiştir. Buna koşut olarak bağımsız ve tarafsız yayın yapması beklenen devlet radyosu, tek yönlü yayınlarla ve DP’nin kurduğu “Vatan Cephesi”ne katılanları düzenli olarak anons ederek partizanlaştırılmıştır.<sup>95</sup> Basın özgürlüğü; Ulus Gazetesi baskını, tutuklu gazeteciler veya “besleme basın” örneklerinde görüldüğü üzere sıfır noktasına kadar gerilemiş; gazetecilere, yaptıkları haberler için “ispat hakkı” dahi tanınmaz kılınmıştır. Bu baskılara karşı tepki gösteren üniversite gençliğine ise, toplanma özgürlüğünü hiçe sayan kolluk güçlerinin şiddetiyle yanıt verilmiştir. Öyle ki, bu olaylar sırasında Enver Gökçe’nin “28 Nisandı / Yavri Hey! / Ham Meyveyi / Kopardılar Dalından” diyerek andığı<sup>96</sup> İstanbul Üniversitesi öğrencisi Turan Emeksiz yaşamını yitirmiş, rektör Sıddık Sami Onar’ın da aralarında bulunduğu yüzden fazla kişi yaralanmış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki eylemler karşısında da benzer tutumun sürmesi üzerine, tarihsel bir direniş başlamıştır.

Cemal Süreya’nın “555 K” şiirine de konu olan<sup>97</sup> ve “5’inci ayın 5’inde saat 5’te Kızılay’da” parolasıyla gerçekleştirilen kitlesel eylem, Türkiye tarihinde nitelik ve nicelik yönünden bir ilk olmanın ötesinde, birkaç hafta sonraki dönüm noktası sayılabilecek olayın da tetikleyicisi olmuştur. Bu olay, 27 Mayıs 1960 günü Türk Silahlı Kuvvetleri’nin (orta rütbeli subaylarının öncülüğünde) yönetime el koymasınıdır. Cemal Süreya’nın “akasya” gibi gördüğü 1924 Anayasası’nın sonunu getiren bu olay, Süreya’nın “gül” diye nitelendirdiği 1961 Anayasası’nın hazırlanmasına neden olmuştur.<sup>98</sup>

Nâzım Hikmet, sürpriz olmadığı üzere, tüm bu gelişmelere kayıtsız kalmamıştır. 1960 yılının Mayıs’ında kaleme aldığı “Beyazıt Meydanı’ndaki Ölü” şiiri, öğrenci Turan Emeksiz’i, onun adını anmadan “Beyazıt Meydanı’nda şehit düşen”<sup>99</sup> kalıbıyla ölümsüzleştirmiştir:

<sup>95</sup> Bu konuda bkz. Muammer Aksoy, *Partizan Radyo ve D.P.* (Ayyıldız Matbaası 1960).

<sup>96</sup> Enver Gökçe, “Turan Emeksiz”, *Bütün Şiirleri* (Evrensel 2012) 83, 84.

<sup>97</sup> Cemal Süreya, “555 K”, *Sevda Sözleri: Bütün Eserleri* (YKY 2013) 290, 291.

<sup>98</sup> “Üç anayasa ortasında büyüdü: / Biri akasya / Biri gül / Biri zakkum”. Cemal Süreya, “Kısa Türkiye Tarihi II”, *Sevda Sözleri: Bütün Eserleri* (YKY 2013) 220.

<sup>99</sup> Şair bu kalıbı başka şiirlerinde de kullanır. Örneğin “Saman Sarısı”nda geçen “Abidin’e söylemeli de resmini yapısın Beyazıt Meydanı’nda şehit düşenin ve Gagarin Yoldaşın ve daha adını sanını kaşını gözünü bilmediğimiz Titof Yoldaşın ve ondan sonrakilerin ve tavan arasında yatan genç kadının” sözlerinde Turan Emeksiz’e gönderme vardır. Bkz. Hikmet (n. 28) 80. Nâzım, Turan Emeksiz’i “on dokuz yaşında bir delikanlı” diye tanımlar, oysa Turan Emeksiz öldürüldüğünde yirmi yaşındadır. Bu bakımdan bazı bilgileri tam olarak alamadığımız varsayabiliriz. Yeri gelmişken; Turan Emeksiz’in dönemin diğer başka şairlerinin de hakkında şiir yazdığı bir isim olduğunu kaydetmek gerekir. Hilmi Özgen’in “Buğulu Gezi”, Arif Damar’ın “Bir Ak Karanlıkta”, Behçet Kemal Çağlar’ın “Hürriyet Şehitlerine” ve “Malatyalı Şehit Mehmet Turan’ın Anasına Ağıt” şiirleri bunlara örnektir. Bkz. Yaşar Nabi (ed), *Yeni Çağ Türküleri: 28 Nisan – 27 Mayıs Şiirleri* (Varlık 1960) 84; Hasan Latif Sarıyüce (ed), *28 Nisan – 27 Mayıs Hürriyet Şiirleri Antolojisi* (Ekin 1960) 8, 10.



*“Bir ölü yatıyor / on dokuz yaşında bir delikanlı / gündüzleri güneşte / geceleri yıldızların altında / İstanbul`da, Beyazıt Meydanı`nda.*

*Bir ölü yatıyor / ders kitabı bir elinde / bir elinde başlamadan biten rüyası / bin dokuz yüz altmış yılı Nisanında / İstanbul`da, Beyazıt Meydanı`nda.*

*Bir ölü yatıyor / vurdular / kurşun yarası / kızıl karanfil gibi açmış alnında / İstanbul`da, Beyazıt Meydanı`nda.*

*Bir ölü yatacak / toprağa şıp şıp damlayacak kanı / silâhlı milletimin hürriyet türküleriyle gelip / zaptedene kadar / büyük meydanı.”<sup>100</sup>*

Şiirdeki diğer pek çok tarihsel göndermenin yanı sıra “silahlı milletimin hürriyet türküleriyle gelip zaptedene kadar büyük meydanı” sözü özellikle dikkat çeker. Şiirin yazıldığı tarih Mayıs 1960 olmakla birlikte, 27 Mayıs’tan önce mi sonra mı yazıldığı açık değildir. Bu belirsizlik çeşitli olasılıkları beraberinde getirir: Eğer bu tarihten önce yazılmış ise “silahlı millet”, halkın silahlanarak bir devrim yapması temennisini veya askeri bir müdahale beklentisini anlatır biçimde kavranabilir. Öte yandan, bu satırların 27 Mayıs’tan sonra yazılması durumunda ise Nâzım’ın 27 Mayıs’ı gerçekleştiren subayları “silahlı millet” olarak gördüğü söylenebileceği gibi hâlâ gelecekte gerçekleşecek bir başka devrime gönderme yaptığı da düşünülebilir.

Nâzım’ın bu bağlamda yazdığı yazılar ve yaptığı konuşmalar, şiirin 27 Mayıs’tan hemen sonra yazıldığını gösterir gibidir. Yakın zaman önce ortaya çıkan gizli belgelerden gördüğümüz üzere Nâzım, 27 Mayıs’ı ve öncesindeki olayları coşkuyla karşılamıştır. Şair, SSCB Yazarlar Birliği’nin yayın organı “Literaturnaya Gazeta” için 27 Mayıs’tan üç gün sonra kaleme aldığı yazıya; Prof. Sıddık Sami Onar’ın polis tarafından yaralanması, öğrencilerin öldürülmesi ve yaralanmasıyla sonuçlanan protestoları anlatarak başlar, bunu bir “halk hareketi” olarak tanımlar ve askeri müdahaleyi bu hareketin uzantısı olarak görür.<sup>101</sup> Büyük şair, 7 Haziran 1960’da Fransız Komünist Partisi’nin yayın organı “L’Humanité”ye verdiği demeçte de bu belirlemesini yineler ve öğrenci olarak başlayan hareketin bir “halk cereyanı” hâlini aldığını söyler.<sup>102</sup> Bundan başka, 27 Mayıs hakkındaki görüşlerini TKP’nin sesli yayın organı “Bizim Radyo”da da ortaya koyar. Şair, bu yayında müdahaleye olumlu yaklaşırken, “Türk subayı”nın ekonomik arka planına dikkat çekerek, askeri müdahaleyi sınıfsal bir mercekten de kavrar:

“Tanzimat’tan bu yana, yakın tarihimizde Türk subayı önemli bir rol oynar... 1908 Meşrutiyet devriminde, 31 Mart irticamı bastırmakta, Millî Kurtuluş Hareketinin teşkilatlandırılmasında, en son 27 Mayıs hareketinde Türk subayı, genç Türk subayı önderler arasında, en ön saftadır. Niçin? Çünkü Türk subay kadrosunun büyük

<sup>100</sup> Nâzım Hikmet, “Beyazıt Meydanı’ndaki Ölü”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1730.

<sup>101</sup> Mehmet Perinçek, “Gizli Belgeler ve Bilinmeyen Yazıları: Nâzım Hikmet ve 27 Mayıs”, (2023) (36) *Bilim ve Ütopya* 67.

<sup>102</sup> Perinçek (n. 101) 73.

kaynağı orta halli, hatta fakir ailelerdir, halktır. Türk subayı büyük çoğunluğuyla halk çocuğudur; yahut halktan ailesiyle, çevresiyle ilgisini kesmeden şehit düşmüş, yahut genç yaşında ölmüş küçük ve orta rütbeli subayların oğludur. Meşrutiyet kahramanı Enverler, Niyaziler orta halli ailelerin çocukları değil miydi? Mustafa Kemal fakir bir memur ailesindendi... Bugün Millî Birlik Komitesi'ndeki genç subayların çoğu da halk çocuklarıdır. Fakir ve orta tabakaların çocukları, halkın evlatları olan Türk subayları bir yandan halkın dertlerini, acılarını kendi ailelerinin günlük yaşayışında duyarlar. Bundan dolayı halkın rahata, hürriyete kavuşmasını isterler. Bundan dolayı devrimlere ön ayak olurlar.<sup>103</sup>

Bu demeçteki, subayları Türk milletiyle özdeş gören yaklaşım, Nâzım Hikmet'in "Beyazıt Meydanı'ndaki Ölü" şiirindeki "silahlı millet" in Türk Silahlı Kuvvetleri olduğunu düşündürmektedir. Nâzım'ın 27 Mayıs'a dönük bu olumlu yaklaşımı, 27 Mayıs'ın getirdiği hukuk metni (yani 1961 Anayasası) için yine Bizim Radyo'daki bir demecinde karşılık bulmuştur. Büyük şair, Bizim Radyo'daki bir programda anayasa hazırlıklarıyla ilgili bir analiz yapar. Anayasa Komisyonu Başkanı Hüseyin Nail Kubalı'nın yeni anayasaya dair ileri sürdüğü başlıca ilkeleri aktaran Nâzım, bunların (kadınlara ayrımcılığa karşı eşitlik, işsizliğe karşı çalışma hakkı, hayat pahalılığına karşı asgari ücret) memleket için çok faydalı olduğunu söylemiş ve memurları da kapsayacak grev hakkı ile toprak reformunu (hattâ azami bir toprak mülkiyetinin tespit edilmesi gerekliliğini) olmazsa olmaz saymış ve bunun nedenini şöyle açıklamıştır:

"Demokratik ve profesörün tabirince 'sosyal' bir ikinci Türkiye Cumhuriyeti, büyük çiftliklerden ve büyük köy ağalarından yakasını sıyıramazsa, demokrattığı ve sosyalliği yalnız kâğıt üzerinde kalır."<sup>104</sup>

Aslında bu yaklaşım, TKP'nin konumu dikkate alındığında ilginçtir. TKP, her ne kadar 27 Mayıs'a olumlu yaklaşmışsa da, özellikle partinin yasallaştırılmaması başta olmak üzere Millî Güvenlik Kurulunun anayasallaşması (askeri vesayet kurulması) gibi gerekçelerle Anayasa referandumuna "hayır" oyu çağrısında bulunmuştur. Fakat görünen durum böyle olsa da parti içinde bu tutumun eleştirilere neden olduğu ve hattâ bazı ayrışmaların önünü açtığı da bilinmektedir.<sup>105</sup> Konuya buradan bakıldığında Nâzım'ın büyük meydanı zapt edecek "silahlı millet"i, Millî Birlik Komitesi sayıp saymadığı kuşkulu olmaktadır. Nitekim 1962'de yazdığı "Hürriyet Kavgası"nda kaleme şu dizeler de silahlı milletin TSK değil, daha ileri bir gelecekteki sosyalist halk olacağını düşündürmeye açıktır:

<sup>103</sup> Nâzım, konuşmasının devamında bu durumun halkı da bağımsız ve emir almadan inisiyatif almadan hareket edemeyen bir varlık olarak görmelerine neden olduğunu, rütbesi arttıkça halktan koştuklarını bunun da subayları dalından kopup çürük elma hâline getirdiğini söyleyerek 27 Mayıs subaylarını uyandır. Bkz. Hikmet (n. 47) 149-150.

<sup>104</sup> Hikmet (n. 1 2004) 151.

<sup>105</sup> Erden Akbulut, "Türkiye Komünist Partisi ve Darbeler," Mehmet Ö. Alkan (ed), *Osmanlıdan Günümüze Darbeler* (Tarih Vakfı Yurt 2016) 186.

*“Yine kitapları, türküleri, bayraklarıyla geldiler; / dalga dalga aydınlık oldular; / yürüdüler karanlığın üstüne. / Meydanları zaptettiler yine.*

*Beyazıt'ta şehit düşen / silkinip kalktı kabrinden, / ve elinde bir güneş gibi taşıyıp yarasını / yıktı Şahmeran'ın mağarasını.*

*Daha gün o gün değil, derlenip dürülmesin bayraklar. / Dinleyin, duyduğunuz çakalların ulumasıdır. / Safları sıklaştırın çocuklar; / bu kavga faşizme karşı, bu kavga hürriyet kavgasıdır.”<sup>106</sup>*

Bu şiirde, hürriyet için “daha o gün değil” diyen Nâzım, 27 Mayıs’ı aşacak bir halk hareketine gönderme yapar. Bu gönderme, bir bakıma “silahlı millet”in hürriyet türküleriyle gelip büyük meydanı zapt edeceği geleceğe bir gönderme olarak algılanabilmektedir. Fakat bu önceki şiirin 27 Mayıs’tan sonra yazılmış olması olasılığında TSK’nin övülmesi olasılığını da dışlamaz. Bu nedenle bizce terazinin TSK kefeşi ağır basmaktadır: Nâzım, 27 Mayıs Müdahalesi’ni desteklemiştir ve ona göre “silahlı millet”, direnme hakkını halk adına kullanan ve halk çocuklarından oluşan Türk Silahlı Kuvvetleridir.

### III. Millet

Nâzım Hikmet’in şiirlerinde geçen anayasa hukukuyla ilgili bir diğer önemli konu da millettir. Bu kavramın anayasa hukukunda ele alınışını bilmek, Nâzım’ın yaklaşımı açısını kavramak için önem taşır.

#### A. Anayasa Hukukunda Millet Anlayışları

Anayasa hukuku literatüründe (aslında genel olarak milliyetçilik literatüründe) millet kavramı iki farklı biçimde ele alınır. Bunlara nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) millet anlayışları denir. Bu ikili ayrımın arka planında, diğer çeşitli nedenlerin yanı sıra, Fransa ve Almanya arasındaki Alsas-Loren bölgesiyle ilgili çekişme vardır. Bu bölgenin ahalisinin Fransız mı yoksa Alman mı oldukları sorunu, millet kavramını farklı tanımlayan yaklaşımlara göre biçimlenmiştir. Almanlar, buraya göçerek gelen ahalinin tarihsel olarak Cermen arka planlarına gönderme yaparak onların Alman olduğunu ileri sürerken; Fransızlar, tarihsel arka plana ve soy köküne önem atfetmeksizin kitlenin güncel iradesine değer vermiştir. Bu yaklaşım farklılıkları, “millet nedir?” sorusuna verilen yanıtlara dair geleneksel ayrımı oluşturmaktadır.<sup>107</sup>

Nesnel (objektif) millet anlayışı, teorisini, Johann Gottfried Herder veya Johann Gottlieb Fichte gibi Alman düşünürlerin geliştirdiği bir yaklaşımı ifade eder. Bu

<sup>106</sup> Nâzım Hikmet, “Hürriyet Kavgası”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1788.

<sup>107</sup> Türk anayasa hukuku literatüründe örneğin bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021) 76; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (4. Baskı, Ekin 2021) 170-175; Necmi Yüzbaşıoğlu ve Bülent Tanör, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı, Beta 2023); Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (YDÜHF 2013) 313-316.

yaklaşımına göre milleti millet yapan şey, ırk, dil, din, renk gibi nesnel özelliklerdir. Bir millet, bu özelliklerinden hareketle millettir.

Öznel (sübjektif) millet anlayışı, teorisi Abbé Sieyès veya Ernest Renan gibi Fransız düşünürler tarafından geliştirilen bir yaklaşımı yansıtır. Buna göre milleti millet yapan şey, nesnel özelliklerden çok öznel iradedir. Yani bir arada yaşamak isteyen ve kendilerini ayrı bir millet (ulus) olarak tanımlayanlar ayrı bir millettir. İrade dışında başkaca özelliklere değer atfetmeye gerek yoktur.

Söz konusu ayrımın (konumuzla ilgili olan) Kemalist ve Marksist literatürde kimi yansımaları olmuştur. Kemalist literatürde bu bağlamda kült eser, Atatürk'ün kendi yazdığı ve Afet İnan'a yazdırdığı el yazısı notlardan oluşan “Vatandaş İçin Medeni Bilgiler” kitabıdır. Bu kitaptaki “*Bir harstan (kültürden) olan insanlardan mürekkep cemiyet*” biçimindeki kısa, “a) Zengin bir hatıra mirasına sahip bulunan; b) Beraber yaşamak hususunda müşterek arzu ve muvafakatte samimi olan; c) Ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden meydana gelen cemiyete millet namı verilir.” biçimindeki uzun tanım, resmî Kemalist yaklaşımın, Fransız ekolünün uzantısı olduğunu gösterir.<sup>108</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de bunu hukuksal olarak tescillemiştir.<sup>109</sup> Fakat yine de “Türk” kavramının hem gündelik dilde hem de kimi hukuksal metinlerde sözcüğün etnik anlamı, yani spesifik bir soyu ifade eden bir biçimi de vardır. Bu, söz konusu resmî belirlemeyi tartışmalı kılmaktadır.<sup>110</sup> Bu konuda 2000’lerden itibaren popülerleşen sav, “Türk” kavramı Osmanlı’da (Kürt, Ermeni vb. gibi) Osmanlılık altında bir alt kimlik iken, bunun Cumhuriyet’ten sonra bir üst kimliğe dönüşmesinin çatışmalara neden olduğudur. Öte yandan, Türkçenin resmî dil sayılması veya bazı bağlamlarda Müslüman-Gayrimüslüman ayrımının ulusal kimlik inşasında işlev göstermesi gibi faktörler de, saf bir öznel yaklaşımın geçerli olmadığı savının savunulmasına neden olmuştur.<sup>111</sup> Lafı uzatmadan söylersek; bu yaklaşımdaki yazarların pek çoğuna göre Kürtler “Türk” değildir ve Kürtleri “vatandaşlık itibarıyla Türk” saymak bir asimilasyon politikasının uzantısıdır.

Marksist literatüre baktığımızda ise bu konuda özellikle Avusturyalı Marksist Otto Bauer’in çalışmalarının öncü olduğunu görürüz. 1907’de yayımlanan “Milliyet Sorunu ve Sosyal Demokrasi” eserinde ulus kavramının en karmaşık sosyal olaylardan biri olduğunu söyleyen Bauer, bu kavramı anlamının yolunun “ulusal karakter”i çözümlenmekten geçtiğini ileri sürer. Meseleye, tarihsel materyalist yöntemle yaklaşan yazar, toplumsallaşmış insanın bir uzantısı olarak “ulusal karakterler”in daima değişken

<sup>108</sup> A. Afet İnan, *Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk’ün El Yazmaları* (Türk Tarih Kurumu 1969) 23-25.

<sup>109</sup> AYM, 1973-38, 1975-23, 11-14/02/1975.

<sup>110</sup> Baskın Oran, *Türkiye’de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İçtihat, Uygulama* (İletişim 2018).

<sup>111</sup> Kemal Gözler, “Devletin Bir Unsuru Olarak ‘Millet’ Kavramı” (2001) *Türkiye Günlüğü* 64 108-123; Selin Esen ve Levent Gönenç, “Religious Information on Identity Cards: A Turkish Debate” (2007) (23) *Journal of Law and Religion* 579-603.

olduğunu savunur. Bauer'e göre ulusal karakterin oluşmasında "irsiyyet" (kalıtım) ve "kültür" (ekin) olmak üzere iki faktör belirleyicidir. Eski zamanlarda kalıtımsal olarak yani kan bağıyla oluşabilen uluslar (örneğin Cermenler); sınıfsal bölünmenin arttığı zamanlarda artık kültürel bir birliğe dönüşmüştür. Saf bir kalıtımsallık, modern sınıflı toplumlarda mümkün değildir. Dolayısıyla "millet"i anlamak, zamana ve mekâna göre değişen kültürel etmenlerle olanaklıdır. Burjuvazinin egemen olduğu tarihsel kesitte bu kültürün ezen sınıflarca belirlendiğini düşünen Bauer, çalışmasını, sosyalizmde bunun aksine bir ulusallığın oluşacağı savıyla bitirir. Ona göre, her milletin gerçekten özgürce kültürün oluşturucusu ve özerk geliştiricisi hâline geldiği sosyalist koşullarda millî farklılıklar, sözcüğün saf biçimiyle kültürel farklılıklarla açıklanır olacaktır.<sup>112</sup>

Anlaşılacağı üzere Bauer, "millet nedir?" sorusuna, bir Marksiste yaraşır şekilde bağlamdan kopuk yanıt vermemektedir. Bir zamanlar nesnel özelliklerin önem taşıdığını kabul etmekte, fakat artık sübjektif iradenin bunun yerini aldığını tespit etmektedir. Fakat sınıflı toplumlarda iradenin burjuvazi tarafından çarpıtıldığını da saptayan yazar, tüm milletin işçileştiği tarih kesitinde bu iradenin de gerçek anlamını bulacağını öngörmektedir. Millet kavramını "*ortak kader aracılığıyla ve ortak karakteriyle birbirine bağlanan insanların birliği*"<sup>113</sup> diye tanımlayan Bauer, nesnel özelliklerden (bilimin verileri hariç) uzaklaşılmasına değer atfederek öznel yaklaşım içinde görülmektedir.

Avusturya Marksistlerinin bu yaklaşımı, büyük ölçüde Bolşevikleri etkilese de Lenin, onlardan, ulusların kendi kaderini tayin hakkı savlarıyla ayrılır. Lenin'e göre feodallere karşı burjuva devrimciliği biçiminde ortaya çıkan ulusal hareketler emperyalizm çağında, sömürgeciliğe veya ulusal baskıya karşı çıkışlarıyla tezahür etmektedir. Bu nedenle Lenin, ulusal hareketlerin kendi iradeleriyle ayrılma, özerklik veya federasyon gibi seçeneklerden birine "hakkı"nın olmasının, var olan düzende yıkıcı etki doğuracağını, ayrıca ("başka bir ulusu ezen ulus özgür olamaz" düşüncesiyle) enternasyonal dayanışmayı sağlayacağını savunmuştur. "Ayrılma"nın değil, "ayrılma hakkı"nın savunusuna dayanan bu sav, "halkların hapishanesi" sayılan Çarlık Rusyası'ndan sonraki Sovyetler Birliği'nde gönüllü birlikteliğin de anahtarı olmuştur.<sup>114</sup>

## B. Nâzım Hikmet'in Millet Anlayışı

Nâzım Hikmet'in gençlik yıllarındaki baskın ideoloji milliyetçiliktir. Daha on bir yaşındayken "Feryat-ı Vatan", on üç yaşındayken "Vatana!" şiirini yazan şair, Türkiye tarihinin önemli dönemeçlerinden biri olan 1915 yılında "İrkıma" başlıklı bir şiir

<sup>112</sup> Otto Bauer, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* (Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand 1907).

<sup>113</sup> ibid 19.

<sup>114</sup> Vladimir İlyiç Lenin, *Ulusların Kaderlerini Tayin Hakkı*, (Muzaffer İlhan Erdost (çev), Sol 1998).

kaleme alabilmiştir.<sup>115</sup> Keza, Ali Fuat Cebesoy, Nâzım Hikmet'in yeni Türkiye'nin kuruluş sürecinde şu sözleri dile getirdiğini aktarır:

“Mecliste murakabe heyeti olmaktan bu millete ne çıkar dedi. Bizim dedi bütün gayretimiz dedi Atatürk'ün etrafına Türklüğü koyalım, Türklük yerleşsin, Türklük, Türkçülük yerleşsin, inkılaplar yerleşsin, bunlarla beraber, ondan sonra her şey kolaydır derdi.”<sup>116</sup>

Nâzım'ın bu eğilimi, işgal yıllarında SSCB'nin millî mücadele lehine tutumu ile yakın dostu Ahmed Vâlâ Nûreddin (bilinen kısa adıyla Vâ-Nû) ve Türkiye Sosyalist İşçi Çiftçi Fırkası üyelerinden Sadık Ahi'yle (Eti) yaptıkları sohbetler vesilesiyle değişmiş ve şair, bu iletişimlerin sonunda benimsediği komünizmi ilk kez “Komsomol” şiiiriyle yansıtmış ve eski düşüncelerini terk etmiştir.<sup>117</sup> Hattâ faşizmin yükseldiği 1930'lu yıllardan itibaren şairin bu konudaki düşüncesi daha da yerli yerine oturmuştur. Zira 1938'deki yargılamasında, savlarını; Türkçülüğün Turancılık, Turancılığın hakancılık, hakancılığın da faşistlik olduğunu savunan bir silsileyle anlatmıştır.<sup>118</sup>

Şair, komünist olmasıyla, tutumunu değiştirmiş olsa da, sonraki yıllarda da millet meselesini şiiirlerine konu etmekten geri durmamış, Türkiye Devleti bağlamında “millet” ögesini “Türk milleti” olarak tanımlamıştır. Nitekim, kendisini “*Türk şairi komünist Nâzım Hikmet*”<sup>119</sup> diye takdim etmiştir ve millî aidiyetini “*bizim Türkler*” diyerek ortaya koymuştur.<sup>120</sup> Nâzım Hikmet'in tüm şiiirlerini taradığımızda “Türk”

<sup>115</sup> “Sisli bir sabahı henüz/Etrafı bürümüştü bir duman/Uzaktan geldi bir ses ah aman aman! / Sen bu feryad-ı vatanı dinle işit / Dinle de vicdanına öyle hükmet / Vatanın parçalanmış bağı / Bekliyor senden ümit.” Nâzım Hikmet, “Feryat-ı Vatan”, *Bütün Şiiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1873, 1878; “Bakmak isem ben sana / Haram olsun Türklük bana / (...) Git Oğlum git / Vatanına hizmet et / Vatan için kanunu / Her şeyini feda et / Nişanlına köyüne / Her şeyine veda et” Nâzım Hikmet, “Vatana!”, *Bütün Şiiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1874; “Ey ırkım sen bir zaman / Avrupa'ya titreten /İstanbul'u fethedeb / Fâtihlere maliktin / ateş saçan sahralarda harbeye n/Cengâvere sahiptin / Bir. Zamanlar Avrupa / Cehl içinde yüzerken / Yine sen ey ırkım / İlm-i vakte âşına ( âlimlere maliktin /Neden bugün Avrupa / Sana meydan okusun / Neden bugün / O cehalet yuvası / Sana ilim öğretsin.” Nâzım Hikmet, “İrkıma”, *Bütün Şiiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1878.

<sup>116</sup> Cebesoy (n. 66) 307, 308.

<sup>117</sup> Nâzım ilkin Spartakistler ile temas kurmuştur. Sonradan Bolu'da öğretmenlik yaparken tanıştıkları ağır ceza reisi Ziya Hilmi'nin de düşünsel etkisi olmuştur. Ahmed Vâlâ Nûreddin, bilinen kısa adıyla Vâ-Nû. Vâlâ Nureddin, *Bu Dünyadan Nazım Geçti* (Cem 1975), 62, 63, 151.

<sup>118</sup> Uluç (n. 70) 130.

<sup>119</sup> “Ben, bir insan, / ben, Türk şairi komünist Nâzım Hikmet ben, / tepeden turnağa iman, / tepeden turnağa kavga, /hasret ve ümitten ibaret ben...”; Nâzım Hikmet, “Rubailer”, *Kuvâyi Millîye* (6. Baskı, Adam 1992) 213.

<sup>120</sup> “Kurnazdır Ermeni milleti / bizim Türklere benzemez.” Nâzım Hikmet, “Birinci Kitap”, *Son Şiiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 21.

ifadesinin, “*Türk milleti*”<sup>121</sup>, “*Türk halkı*”<sup>122</sup>, “*Türk köylüsü*”<sup>123</sup>, “*Türk halk dehası*”, “*Türk emekçisi*”, “*Türk halk hareketi*”<sup>124</sup>, “*Türk ticaret hayatı*”<sup>125</sup>, “*Türk paşası*”<sup>126</sup>, “*Türk dili*”<sup>127</sup> gibi kalıplar içinde yer aldığını görürüz.<sup>128</sup>

Bu noktada, Nâzım Hikmet’in bu kullanımlarda “Türk” sözcüğüne öznel mi yoksa nesnel bir anlam mı yüklediği, sorgulanmaya her hâlükârda muhtaçtır. Burada özellikle dikkat çeken öncelikli nokta, XIV. yüzyılda yaşamış olan Şeyh Bedrettin’i “Türk köylüsü” olarak tanımlamış olmasıdır.<sup>129</sup> Şair, bu tanımlı “*Dârülfünûn İlahiyat Fakültesi tarihi kelim müderrisi Mehmed Şerefeddin Efendi’nin 1925-1341 senesinde Evkafı İslamiye Matbaasında basılan ‘Simavne Kadısı oğlu Bedreddin’ isimli risalesi*”nden aldığını söylemektedir ama bu dili benimsemekten de geri durmamaktadır. Nitekim Şeyh Bedrettin Destanı’nda, Şehzade Murat’ın askerleriyle “cenk eden”lerin arasında “Aydın’ın Türk köylüleri”ni de saymıştır:

*“Aydının Türk köylüleri, / Sakızlı Rum gemiciler, / Yahudi esnafları, / on bin mühlid yoldaşı  
Börklüce Mustafanın / düşman ormanına on bin balta gibi daldı.”*<sup>130</sup>

Nâzım bu şiirde “Türk” ifadesini tereddütsüz kullanmışsa da XIV. yüzyıl gibi modern öncesi bir dönemde Türk sözcüğünün anlamı tartışmalıdır. Nitekim anılan dönemde modern “ulus” (*nation*) kavramı ortaya çıkmadığı için, bu tür kavmi göndermeler, dinsel anlamlarla bağlaşıklık olabilmektedir.<sup>131</sup> Fakat bu tanımlama, o yüzyılın insanlarınca değil, Şerafeddin Efendi ve Nâzım Hikmet tarafından yapıldığı için, bunun sonradan bir yakıştırma olduğunu akıldan tutmak gerekir. Başka bir deyişle, Aydın’ın köylüleri kendilerine “Türk” derler miydi bu tartışılır. Gelgelelim Nâzım’ın onları “Türk” saydığı açıktır fakat bu bağlamda Türk sözcüğü ile neyi kastettiği o kadar açık değildir.

<sup>121</sup> “*Ve Erzurumlularda ve Sivaslılardan ve Türk milletinden çok işbu Mister Bravn’a güveniyorlardı.*”; Nâzım Hikmet, “Yıl Yine 1919 ve İstanbul’un Hâli ve Erzurum ve Sivas Kongreleri ve Kambur Kerim’in Hikâyesi” *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 27; “*Londra bankaları ve Venizelos’la beraber yürüdüler fethetmeye Türk milletinden Anadolu’yu*”, “*Şıp diye kapıp öğrenir Türk milleti.*” Nâzım Hikmet, “İkinci Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 170, 262; “*her millet gibi büyük Türk milleti.*” Nâzım Hikmet, “23 Sentic Askere Dair”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 29; “*sizin yolladığınız silahlarla dövuştü Türk milleti emperyalizme karşı/yoldaşım*” Nâzım Hikmet, “Yoldaşım”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1798.

<sup>122</sup> Hikmet (n. 121 1992) 24, 26; Nâzım Hikmet, “26 Ağustos Gecesinde Saatlar İki Otuzdan Beş Otuza Kadar ve İzmir Rıhtımından Akdeniz’e Bakan Nefer”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 90; Nâzım Hikmet, “Hapisten Çıktıktan Sonra”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 203; Hikmet (n. 25) 207.

<sup>123</sup> Bkz. Nâzım Hikmet, “Türk Köylüsü”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 136.

<sup>124</sup> Şeyh Bedrettin Destanı’nda Nâzım, “Aydın’ın Türk köylüleri”ne gönderme yapar, “*Türk halk dehası*”nı, “*Türk emekçisi*”ni ve “*Türk halk hareketi*”ni konu eder. Nâzım Hikmet, “Simavne Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Destanı’na Zeyl: Milli Gurur”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992) 270.

<sup>125</sup> Nâzım Hikmet, “Meşhur Adamlar Ansiklopedisi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 798.

<sup>126</sup> “*Türk paşası on beş adım geride.*” Nâzım Hikmet, “Teftiş”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1792.

<sup>127</sup> Nâzım Hikmet, “Gazete Fotoğrafları Üzerine”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1702.

<sup>128</sup> “*«Sen nerelisin?» «- Akşehirli.» «- Yalan, / Eğildi delikanlıya doğru ve sordu tokatlıyormuş gibi/ Akşehirli Türktür ve merttirler. Siz düşmanlık ediyorsunuz Türk ırkına.»* “Türk ırkı” kavramı bir karakterin ağzından dile getirilir. Bkz. Nâzım Hikmet, “Dördüncü Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam, 1999) 418.

<sup>129</sup> Nâzım Hikmet, “Simavne Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Destanı”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992) 223.

<sup>130</sup> Hikmet (n. 129) 246.

<sup>131</sup> Benedict Anderson, *Hayali Cemaatler* (İskender Savaşır (çev) Metis 2020).

Aslında modern öncesi dönemde “Türk” ve “Osmanlı” kavramları arasındaki sınır belirsizdir. Öncelikle Türk kavramı, Batılılar açısından pek çok bağlamda “Müslüman” sözcüğüyle eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Edebiyattan örnek vermek gerekirse; Brezilyalı edebiyatçı Jorge Amado’nun “Amerika’nın Türkler Tarafından Keşfi” isimli kitabındaki Türkler, aslında Müslüman Araplardır.<sup>132</sup> Fakat bugün dahi Brezilya’da “Türk” ile “Müslüman” eş anlamlıdır.<sup>133</sup> Bu, Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarında da bazıları için tamamen ters yöndedir. Yakup Kadri Karaosmanoğlu’nun “Yaban” romanında köylü Bekir Çavuş ile köye gelip yerleşen subay Ahmet Celal arasındaki diyalog bunun saf bir örneğidir. Bekir Çavuş, Ahmet Celal’i “onlardan” sayar. Bekir’in “onlar” dedikleri “Mustafa Kemal Paşa’dan yana olanlar”dır. Celal bunun üzerine “*İnsan Türk olur da nasıl Mustafa Kemal Paşa’dan yana olmaz?*” diye sorduğunda Bekir’in yanıtı “*Biz İslamız, elhamdülillah... O senin dediklerin Haymana’da başlar.*” olur.<sup>134</sup>

İşte bu türden (yani belirsizlikle ilgili) öğeleri Nâzım Hikmet’in şiirlerinde de görürüz. “Memleketimden İnsan Manzaraları”nda Asrî Yusuf ile İhsan Bey arasındaki diyalog buna örnektir. 1908 Devrimi’nden sonra, Hareket Ordusu’nun bastırıldığı gerici “31 Mart İsyanı”<sup>135</sup> ile ilgili haberleri okurlarken ikili arasındaki diyalog şöyle gelişir:

«- Havadis yok mu, İhsan Bey, havadis oku.»

«-Var, ama gazetenin bu yanı hepten parçalı.»

«- Olsun, oku, İhsan Bey.»

«- Taşkılla ve civarındaki yerler

*Osmanlı, Arnavut, Rum, Ermeni, Musevi, Bulgar kanlarıyla*

*sulandı,*

*vatan aşkı ve hürriyet için...»*

Hayretle sordu Asrî Yusuf :

«- Türk yok muymuş be?»

«- Osmanlı diyor ya.»

«- İki bir mi?»

«- Bilmem.»

«- Sen oku hele...»<sup>136</sup>

<sup>132</sup> Jorge Amado, *Amerika’nın Türkler Tarafından Keşfi*, (Yaşar Avunç (çev) Kırmızı Kedi 2023).

<sup>133</sup> Elinizdeki makalenin yazarı, bunu bir Brezilya ziyaretinde, birden çok diyalogda bizzat deneyimlemiştir.

<sup>134</sup> Yakup Kadri Karaosmanoğlu, *Yaban* (82. Baskı, İletişim 2018) 152, 153.

<sup>135</sup> Konu hakkında bkz. Sina Akşin, *31 Mart Olayı* (İmge Kitap 2015).

<sup>136</sup> Hikmet (n. 50) 307.



Yine takip edileceği üzere Nâzım, Türk, Osmanlı ve Müslüman kavramlarının, Cumhuriyet'in ilk yıllarında da laikleşmeyle gerçekleşecek olan silikleşmeye kadar bilinçli olarak kullanılan iç içeliğinin de farkındadır ve bunu şiirine yansıtmıştır. Yaklaşım ne olursa olsun “Türk” sözcüğünün tamamen dinsel bir anlam taşımadığını fakat Türk ve Osmanlı sözcükleri uzun yıllar boyunca örtüşür gibi olduğunu bilmek gerekir. Örneğin Batılılar Osmanlı coğrafyası için “Türkiye” ismini daha XIV. kullanmaya başlamış, Osmanlı ülkesi, 20'nci yüzyıla tamamen Türkiye olarak nitelendirilmiştir. Keza, en azından Kanunî Sultan Süleyman'dan bu yana Osmanlı Hanedanı kendisini Kayı boyu ile ilişkilendirmiştir.<sup>137</sup> Ayrıca, Kanun-i Esasi'de de Türkçe, resmî dil sayılmıştır.<sup>138</sup> Yerleşiklere Türk (bugün Türkmen) denmesi kabul görmeye başladıktan sonra ise Türk sözcüğüne dönük o zamanki pejoratif kullanımlar, göçebe Yörüklere kaymış ve Türk ifadesi nispeten olumsuzluklardan arınmıştır.<sup>139</sup>

İlginçtir ki Nâzım Hikmet, bu ikilemin de farkında görünmektedir. “Memleketimden İnsan Manzaraları”daki bir Türkmen (yerleşik Türk) ile bir Yörük (göçebe Türk) arasındaki şu diyalog buna iyi bir örnektir:

«- Pis, kılı Yürük,» diye söylendi köylüler

ve şaklattılar kırbaçlarını.

«- De ha, kaypak Türk,»

diye homurdandı kumral sakallı Yürük.

Ve solundaki tasdik etti

«- Köyün Türkü olmaktansa

dağın Yürüklüğü yektir.»<sup>140</sup>

Şair bununla kalmaz, Türklere/Yörüklere dönük olumsuz yükü, kendinden nefret etme (*self-hate*) hasletine veya bir nevi aşağılık kompleksine neden olduğunu hayıflanarak dizelerine yansıtır:

“Zaten bir kere ucunu görsün /şıp diye kapıp öğrenir Türk milleti. / Akıllıyızdır. / Fakat itibar görmeyiz kendi milletimizden.”<sup>141</sup>

Art arda yenilgilerden ve işgalden nihayet zaferle çıkarak moral bulması beklenen topluma, kurucu kadroların özgüven (örn. Mustafa Kemal Paşa'nın “*Türk Milleti çalışkandır, Türk Milleti zekidir,*” söylemi) aşılama çalışması, Nâzım'da da görülür.

<sup>137</sup> Halil İnalçık, *Kuruluş: Osmanlı Tarihini Yeniden Yazmak* (Hayy Kitap 2010).

<sup>138</sup> Ali İhsan Gencer, “İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmî Dil olarak Kabulü Meselesi”, *Armağan: Kanun-u Esasi'nin Yüzüncü Yılı* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1978) 183-189.

<sup>139</sup> Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, (Metin Kıratlı (çev), 5. Baskı, Türk Tarih Kurumu 1993) 331.

<sup>140</sup> Hikmet (n. 128) 401-402.

<sup>141</sup> Hikmet, (n. 121 1999) 170.

“Londra bankaları ve Venizelos” tarafından elinden Anadolu alınmak istenen ve “emperyalizme karşı mücadele veren” halk, “her millet gibi büyük Türk milleti” denilerek taçlandırılmıştır.<sup>142</sup>

İlginçtir; bu türden satırlar, özellikle sol çevrelerde Nâzım’ın “milliyetçi” olduğu suçlamasına neden olmuştur. Şair, bu savlara Simavne Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Destanı’na “Milli Gurur” başlıklı ek yazarak yanıt vermiştir. Lenin’in “Büyük-Rus Ulusal Gururu”ndaki (Ulusların Kaderini Tayin Hakkı) savlarından ilhamla, ilerlemeye demokratikleşme ve sosyalistleşme bilincini geliştiren değerlere “millî gurur”un öğeleri olarak sahip çıkan Nâzım, şeriat ve softa karanlığından kurtulmuş, “Türk halkının dehası” Süleymaniye Camii gibi, ‘Bedrettin hareketi de benim milli gururumdur’ demiştir.<sup>143</sup> Diğer şiirlerinde de Leninist perspektifi yansıtan şair, Bolşevik liderin “başka milletleri ezen bir millet hür olamaz” cümlesini aynen aktarmıştır.<sup>144</sup>

Sonuç itibarıyla “Milletleri, kardeş sofrasına davet” eden şairin ırkçı olmadığına şüphe yoktur.<sup>145</sup> Hattâ Muzaffer İlhan Erdost’un saptadığı gibi:

“Nazım’ın hafif de olsa ‘kan’a / ‘ırk’a övücü duyumsatan dizeleri, şoven gericiliğin eleştirisine neden olacaktır: ‘Sevgilim, dayı kızım, Memedimin anası, / dedelerimizden biri / 1848 Polonya muhaciri. /... / belki ben bu yüzden böyle sarı bıyıklı / böyle uzun boyunlu, / oğlumuzun gözleri böyle kuzey mavisi.’ Şiir şu dizelerle biter: ‘Göğsümü kabartmıyor değil / dedelerimden birinin Lehli oluşu...’ Burada, övünme, ‘kan’ı ya da doğal olarak ‘soy’u övme değil, sosyalizmi kurmuş halkın övülmesidir; Nazım’ın duyduğu övünç de, ‘ve hepsinden önemlisi, / çocukların, ama bütün çocukların / kırmızı elmalar gibi gülüşü’ndendir. (...) Daha sonra kan / soy özelliklerin değil, insansal ve kültürel özelliklerin onun kimliğini ve kişiliğini belirlediğini de vurgulayacaktır: ‘Kardeşlerim bakmayın sarı saçlı olduğuma / Ben Asyalıyım / Bakmayın mavi gözlü olduğuma / Ben Afrikalıyım.’ Çünkü ezilenlerden biriyim. Ezilen halkın kendisiyim.”<sup>146</sup>

Bu tespite katılmamak elde değildir. Fakat şu notu da düşmek gerekir: Bir kişinin ırkçı olmaması, asimilasyonist olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla bu noktanın da sorgulanması gerekir. Böyle bir sorgulamaya giriştiğimizde Nâzım’ın Türkiye’deki etnik grupları yok saymadığını görürüz. Fakat bu tanıma biçimlerinin bağlamı tartışmaya açıktır. Lazlar, şiirlerde fırıncı veya gemici tayfası gibi meslek

<sup>142</sup> “Türkün sağlamdır naturası, dayanır.” Hikmet (n. 120) 78.

<sup>143</sup> Muzaffer İlhan Erdost, *Üç Şair: Nazım Hikmet, Cemal Süreya, Ahmet Arif* (2. Baskı, Onur 2004) 40, 41.

<sup>144</sup> Hikmet (n. 124) 272.

<sup>145</sup> “Beyaz, sarı, kızıl, kara, ırkların ırklara / soruyor / Milletlerin milletlere kulluğunu / ve insanın insanı sömürmesini reddetmediler mi?” Hikmet (n. 41 1992) 433

<sup>146</sup> Erdost (n. 143) 42.

erbabı olarak tali biçimde geçerken,<sup>147</sup> Kürtler genellikle derebeyleriyle ilişkili olarak anılır. Örneğin “Memleketimden İnsan Manzaraları”ndaki karakterlerden Fehim’in karısının “*Kürt derebeyi soyunun kızı*” olduğunu görürüz.<sup>148</sup> Hapishanede Halil’in üzerine “uşaklarını saldırtan”lar “*Kürt beyleri*”dir.<sup>149</sup> Keza Nâzım, Ermeni sorunu bağlamında Kürt derebeylerinin belirleyici olduğu Hamidiye alaylarına, açıkça ele almasa da, bir “kara leke” olarak gördüğü Ermeni tehciri bağlamında “Kürt dağları”na gönderme yapar:

*“Affetmedi bu Ermeni vatandaşı / Kürt dağlarında babasının kesilmesini. / Fakat seviyor seni, / çünkü sen de affetmedin / bu kararı sürenleri Türk halkının alınna.”*<sup>150</sup>

Fakat Kürtler sadece derebeylikle bağlantılı anılmaz.<sup>151</sup> Kürtlere özgü kimi özellikler nadiren de olsa şiirlerinde yer bulur. Örneğin Şube bahçesinde, kadınların yakarışına muhatap olan bir jandarma eri, içinden şu sözü geçirir: “*karı kısmı kızdı mı, kötü kızar, / ha kızgın karı, ha Kürtlerin iti, / atın üstünden alırlar yiğiti*”.<sup>152</sup> Şair keza, “*sayın halkları bütün ırkların*” diye başladığı “Orası” şiirinde Kürtleri (“*Abhazyalı, Hintlisi, Kürdü, Fransızı*”), Türklerden ayrı olarak sayar.<sup>153</sup> Oğluna yazdığı mektuplarda da “*bizim hudutlarımız içinde Ermeniler de, Rumlar da, Kürtler de yaşıyor*” derken, yine Türklerden ayrı Kürtlerin varlığını tanır.<sup>154</sup> Dahası ve konumuz açısından en önemlisi; şair, Kürtlere dönük tedavüldeki ırkçı ve onları yok sayan ifadelere net bir dille yanıt verir:

*“Hüsnü çavuşla on beş yıl, bayan hemşire, / kalmadı gezmediğimiz yer. / Karadeniz’de içinde Lazların, / şarka Kürtlerin arasında. / Kürtlere kuyruklu derler / yalan. / Kuyrukları yok. / Yalnız çok âsi, çok fakir insanlar. / Zenginleri de var / ama az, / beyleri...”*<sup>155</sup>

Kürtlere dönük “dışlamacı ayrımcılığa” karşı çıkan bu dizelerden sonra soru şudur: Acaba, şair, Kürt isyanlarından neden hiç bahsetmemektedir?

Öncelikle, Nâzım Hikmet’in bu isyanları bilmiyor olamayacağını kaydetmek gerekir. Örneğin Ekber Babayev’in aktarımına göre Nâzım Hikmet 1928 yılında yurda Batum üzerinden girince Hopa civarında yakalanır ve savcı, şairin “Moskova’da Heraklit’i Düşünüş” şiirinde yer alan (Arap harfleriyle yazılan) “Heraklit”

<sup>147</sup> Bkz. Hikmet (n. 120) 78; Hikmet (n. 121 1999) 187; Nâzım Hikmet, “Beşinci Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999) 535; Nâzım Hikmet, “Yıl 1920 ve Arhaveli İsmail’in Hikâyesi”, *Kuvâyi Milliye*, (6. Baskı, Adam 1992) 39; Nâzım Hikmet, “Raşel’in Rüyası”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 175.

<sup>148</sup> Hikmet (n. 121 1999) 172.

<sup>149</sup> ibid 261, 276.

<sup>150</sup> Hikmet (n. 122 1992) 203.

<sup>151</sup> Ayrıntı olsa da; “vali beyin indinde laf anlamaz bir adam”, “adli tabibe göre: bir çeşit deli”, Nâzım’a göre “sadece partili” olan karakterin parti başkanının gözünde “Kürt Memet” olarak nitelendiğini kaydedelim. Hikmet (n. 50) 329.

<sup>152</sup> ibid 316.

<sup>153</sup> Hikmet (n. 41 2000) 171. Kuvayi Milliye Destanı’nda Çerkez Ethem’i “hain” olarak gören Nâzım, doğal olarak bunu onun çerkesliğiyle ilişkilendirmez.

<sup>154</sup> Nâzım Hikmet, *Cezaevinden Memet Fuat’a Mektuplar (Mektuplar -2)* (Adam 1990) 18, 19.

<sup>155</sup> Hikmet (n. 120) 87.

sözcüğünü, Antik Yunan filozofunun ismi olarak değil de “her ekalliyet” (azınlık) diye anlar ve gözaltında bulunan şaire “*Demek Moskova'dayken, Türkiye'deki ulusal azınlıklar konusunda düşündün? Senin o Kürtlerle Lazlardan söz eden arkadaşlarının başlarına geleni biliyor musun? Öyle görünüyor ki, yeni bir Kürt ayaklanması için talimat getiriyorsun...*” der.<sup>156</sup> Keza Nâzım'ın arkadaşı Kemal Tahir, (sonradan yazmış olsa da) “Yol Ayrımı” romanında 1930 Ağrı İsyanını konu eder. Hattâ Kürtlere yakıştırılan “kuyruklu” sıfatı, Kemal Tahir'in bu romanındaki bir karakterin ağzından da dökülür.<sup>157</sup> Kısacası, dönemin aydınlarının ve doğal olarak Nâzım Hikmet'in bu yaşananlardan habersiz olması gerçekçi değildir. Peki ama buna rağmen Nâzım bu isyanları, şiirlerine neden konu etmemiştir? Aslında sorunun yanıtı, yine anılan dizelerdedir. Nâzım, Kürtlere dönük ırkçılığa karşı çıktığını göstermekle beraber, dizelerin devamında Kürtleri yeniden derebeyliği ile bağlaşıklık biçimde kavrama eğilimini yansıtmıştır. Aslında bu durum, Nâzım'ın yaşadığı dönemdeki Kürt isyanlarına şiirlerinde yer vermemesinin de bir nedeni sayılabilir. Bu tutum, Nâzım'ın üyesi olmakla övünç duyduğunu dizelerine yansıttığı<sup>158</sup>, hattâ oğlunu emanet ettiği<sup>159</sup> TKP veya daha genel olarak onun parçası olduğu Komintern'in bu isyanlara dönük tespitleriyle koşuttur.<sup>160</sup> Komintern'e göre Kürt isyanları (özellikle Şeyh Sait isyanı) Osmanlı Monarşisi'nin arka planda desteklediği, Nakşibendi kökenli, laiklik karşıtı, gerici feodal isyanlar silsilesidir. Feodal karakterinin yanı sıra emperyalizmin güdümündedir de.<sup>161</sup> Dolayısıyla şair, bu nitelikte olmadıkça Kürt realitesini tanımaktadır. Hattâ özellikle Türkiye İşçi Partisi (TİP) ve TKP'nin etkisiyle bu kimliğin tanınmaya ve tartışılmaya başladığı 1960'lı yıllarla birlikte Nâzım'ın da bu konudaki yaklaşımı daha cesaretli bir biçim almış görünmektedir. Nâzım Hikmet'in, Paris'te yaşayan Kürt entelektüellerinden Kamuran Ali Bedirhan'a yazdığı bir mektuptaki şu sözleri bu açıdan dikkat çekicidir:

“Kökleri yüzyılların derinliklerine dalan, tarihiyle, kültürüyle, Kürt milletinin önemli bir çoğunluğu Anadolu'nun bir parçasında yaşar. Anadolu'nun öbür parçalarında yaşayan Türk milletini Kürt milleti kardeşi sayar. Her iki millet, bütün imparatorluklar gibi, halkların zindanı olan Osmanlı İmparatorluğu'nda, Türk ve Kürt derebeylerinin, Osmanlı İmparatorluk idaresinin ağır zincirlerine vurulmuşlardır. Osmanlı İmparatorluğu yıkıldıktan sonra ise her iki millet emperyalizme karşı tek bir cephe kurup çarpışmışlardır. (...) Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra, Türk idarecileri ve egemen çevreleri, Kürt hareketinin tamamıyla vaat ettikleri millet ve insan haklarını tanımadı. Hatta işi Kürt milletinin millet olarak varlığını bile inkâr

<sup>156</sup> Ekber Babayev, *Nâzım Hikmet: Yaşamı ve Yapıtları*, (Ataol Behramoğlu (çev), 4. Baskı, Cumhuriyet Kitapları 2010) 137.

<sup>157</sup> “Yol Ayrımı”ndaki karakterlerden Onbaşı Hıdır Ağa, ana karakter Murat Bey ile 1930 Ağrı isyanı hakkında konuşurken “Ağrı Dağı'nın kuyruklu Kürt'ünü kırmaktan bir şey hasıl olmaz” der. Kemal Tahir, *Yol Ayrımı* (14. Baskı, İthaki 2020) 7.

<sup>158</sup> Nâzım Hikmet, “Seni Düşünüyorum”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 12.

<sup>159</sup> Nâzım Hikmet, “Memed'e Son Mektubumdur”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 59.

<sup>160</sup> Erden Akbulut ve Erol Ülker, *Komintern, TKP ve Kürt İsyanları* (Yordam 2022).

<sup>161</sup> Mehmet Perinçek, *Sovyet Devlet Kaynaklarında Kürt İsyanları*, (5. Baskı, Kaynak 2014).

kadar götürdü. Bu dönem, Türk idarecilerinin ve egemen sınıflarının emperyalizmle uzlaşmaya başlaması dönemidir. Bu inkârla, bu uzlaşmanın aynı dönemde baş göstermesi sadece bir rastlaşma değildir. Bugün Türkiye Cumhuriyeti’ni Orta ve Yakın Doğu’da emperyalizmin kalelerinden biri haline getiren Türk politikacıları Kürt milletinin milli varlığını inkârda ısrar ediyor ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde öteki azınlıklarına tanıdığı hakları bile Kürt milletine tanımıyor. (...) Türk ve Kürt halkları Türkiye Cumhuriyeti’nin tarafsız bir politika gütmesini, emperyalizmin üssü olmaktan kurtulmasını özlüyor. Gerçek Türk yurtseverleri Kürt kardeşlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde millî haklarına kavuşmak için yaptığı kavgayı can ve gönülden nasıl destekliyorsa, gerçek Kürt yurtseverleri de Türk halkının demokrasi ve millî bağımsızlık için yaptığı kavgayı öylece destekliyor. Anadolu’da yaşayan Türklerle Kürtlerin arasına nifak sokmak isteyen gerici, sömürücü, karanlık kuvvetler, emperyalizmle el ele vererek halklarımızı daha kolay ezmek istiyorlar. Kürt ve Türk halklarının bahtiyarlığa, insanca yaşamaya varmak için derebeylerine, kara kuvvetlere, şehir ve köy ağalarına, gericilere, ırkçılara, milletlerin varlıklarını ve haklarını inkâr edenlere, halkları birbirine düşürüp sırtlarından rahatça geçinenlere emperyalistlerin uşaklarına karşı yürüttükleri yeni millî kurtuluş savaşının zaferi Kürt ve Türk halklarının elbirliğiyle kazanılır. Ancak böyle bir elbirliğiyle kardeş iki millet hürriyete, millî ve insani haklarına kavuşabilir.”<sup>162</sup>

Bu satırlarda görüldüğü üzere Nâzım, Kürtlerin Türkiye’den ayrılmasını değil ama ayrılma hakkını savunmakta anti-emperyalist nitelikte bir gönüllü birlikteliğin altını çizmektedir. Leninist “ulusların kaderini tayin hakkı” savının bir uzantısı olan bu tutum, şairin Türk kavramını yurttaşlık itibarıyla taşıdığı anlamının dışında da kullanabildiğinin göstergesidir.

#### IV. Memleket

Yazının başında Nâzım Hikmet’in sıfatlarından birinin “Memleket Şairi” olduğunu söylemiştik. Gerçekten de Nâzım, Türkiye Devleti’nin “ülke” ögesi hakkında hem niceliği hem de niteliği yüksek şiirler kaleme almış bir ozan olarak ayrıksı bir yerde durur. “Kuvâyı Milliye”de Türkiye ülkesinin belki de en çarpıcı tanımlarından birini yapmak ona düşmüştür:

*“Dörtmala gelip Uzak Asya’dan / Akdeniz’e bir kısırak başı gibi uzanan / bu memleket bizim.”*<sup>163</sup>

Şair, “çam ormanlarını, en tatlı suları ve dağ başı göllerini seven alabalık”, “Ankara ovasında keçiler”, “Yağlı, ağır fındığı Giresun’un”, “Al yanakları mis gibi kokan Amasya elması” vb. türden, ülkeye dair ögelere, dizelerinde sıklıkla yer

<sup>162</sup> Halit Çelenk, *Barış Savaşçıları: Anılar* (Tekin 1996) 156, 157.

<sup>163</sup> Nâzım Hikmet’ “26 Ağustos Gecesinde Saatlar İki Otuzdan Beş Otuza Kadar ve İzmir Rıhtımından Akdeniz’e Bakan Nefer,” *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 90.

verdiği gibi<sup>164</sup>, ülkenin olumsuz yönlerini dahi hasretle sahiplenir:

*“Memleketimi seviyorum: / Çınarlarında kolan vurdum, hapishanelerinde yattım. / Hiçbir şey gidermez iç sıkıntımı memleketimin şarkıları ve tütününü gibi.”*<sup>165</sup>

Ülkenin “dolaşmakla bitmez” saydığı şehirlerini gezmekle övünç duyarken, gezemediği yerler için “güneye pamuk işleyenlere gitmek için / Toroslardan bir kere olsun geçmedim / diye utaniyorum”<sup>166</sup> diyerek hayıflanır. Bu konuya girdiği hemen hemen her şiirde, memleket kavramını yörenin sıradan halkıyla özdeş sayar. Bu yönde çok sayıda örnek verilecek benzer dizelerin içinde, ülke ögesi için özellikle iki karakteristik vurgu ön plandadır. Bunlar, hasretlik ve yurtseverliktir.

### A. Hasretin Esintisi

Nâzım Hikmet’in memleket hasreti, şairi tanıyanlarca yaygın olarak bilinir ve onun ayırt edici yanlarından biri sayılır. Örneğin Türkkaya Ataöv’ün, Moskova’da Nâzım’ın dostlarına “*onun en çok etkileyen yanı nedir?*” diye sorduğunda “*Nâzım’ın en yüce niteliği Türkiye halkına bağlılığı, Türkiye’ye sevgisidir. Yaşamının çeşitli anlarında türlü etkiler içinde kalmıştır; ama onun ‘tepeden tırnağa sevda’ dediği büyük şey, aslında ülkesine olan hasretidir*”<sup>167</sup> yanıtını almıştır. Şairin avukatı Mehmet Ali Sebük de Nâzım’ı tanımlayan üç cümleden birinin “*temiz yüreğinin yurt ve insan sevgisi ile çarpması*”<sup>168</sup> olduğunu söyler.

Bu türden saptamalar hiç sürpriz değildir.<sup>169</sup> Şair, daha Moskova’ya geldikten kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen “*Bakıyorum Moskova’nın pencerelerinden birinden / seni düşünüyorum memleketim / memleketim, Türkiye’ m seni düşünüyorum / zaten bir dakika çıktığın yok aklımdan, / hasretin dayanılır gibi değil / Moskova’da yaşamının saadeti olmasa, / burda herkes sormasa seni benden, / Sovyet insanlarından her gün mektup gelmese, / sevmese seni onlar / benim onları sevdiğim kadar.*”<sup>170</sup> dizelerini kaleme almıştır. Nâzım’ın sürgünü ilerledikçe hasreti de artmış, hattâ gittiği her yerde bir memleket bağı bulmaya başlamıştır. Örneğin Prag gezisi üzerine kaleme aldığı “Dr. Faust’un Evi”nde, yaşama sevinci için Mefistofeles’e (şeytana) ruhunu satan Faust’a gönderme yapar ve bu hasretten kurtulmak için, ruhunu şeytanla teslim etmeye bile ne kadar açık olduğunu estetik biçimde dizelere döker:

<sup>164</sup> Nâzım Hikmet, “İstanbul”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992) 125.

<sup>165</sup> ibid 124.

<sup>166</sup> ibid 124.

<sup>167</sup> Türkkaya Ataöv, *Nâzım’ın Hasreti* (Literatür 2002) 42.

<sup>168</sup> Sebük (n. 70) 324.

<sup>169</sup> Başkaca edebiyatçılar da benzer şeyleri söyler. Bkz. Antonia Sverçevskaya ve Svetlana Uturgauri, *Kardeşim Nâzım: Çağdaşlarının Anıları* (Mehmet Özgül (çev), Cem 2002).

<sup>170</sup> Nâzım Hikmet, “Seni Düşünüyorum”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 14.

*“Ben de bu evde senet vereceğim şeytana. / Ne altın istiyorum ondan, / Ne bilim, / Ne de gençlik. / Hasretlik cana yetti. / Pes...*

*Beni İstanbul'a götürsün, bir saatlik... / Kapıyı çalıyorum, / Kapı açılmaz. / Neden? / İstedğim iş olmaz mı Mefistofoles?*

*Yoksa bu lime lime ruhum satın alınmaya değmez mi?*<sup>171</sup>

Bu şiirin son dizesinde kendisinin memleketinde artık gözden çıkartıldığı kaygısını yansıtan Nâzım, ruh hâline göre hasretine farklı ögeler katar. Bir ucu Türkiye'ye uzanan Tuna nehrinin kenarına geldiğinde de şairin, dayanamayıp yine metaforik bağ kurma biçimi hayli romantiktir:

*“Tuna'nın suyu olaydın, / Karaorman'dan geleydin, / Karadeniz'e döküleydin, / Mavileşeydin, mavileşeydin, mavileşeydin...*

*Geçeydin Boğaziçi'nden, / Başında İstanbul havası, / Çarpaydın Kadıköy İskeleye'ne, / Çarpaydın, çırpınaydın,*

*Vapura binerken Memet'le anası.*<sup>172</sup>

Bu dizelerin sonunda memleket hasretini eşi ve çocuğuyla bağdaştıran Nâzım, bunu, farklı şiirlerinde de yapar. Örneğin karısına olan aşkını *“sen memleketimsin”*<sup>173</sup> diyerek veya özdeşirmeyi *“sade seninle Memed'i, yani memleketi...”*<sup>174</sup> diye oğluna da genişleterek veya bizzat oğluna olan özlemini *“Karşı yaka memleket, / sesleniyorum Varna'dan, / işitiyor musun? / Memet! Memet! / Karadeniz akıyor durmadan, / deli hasret, deli hasret, / oğlum, sana sesleniyorum, / işitiyor musun? / Memet! Memet!”*<sup>175</sup> diye yazarak metaforik biçimde ve ustaca yansıtmıştır. Şairin memleket hasreti, farklı zamanlardaki şiirlerde göze çarpsa da özellikle son şiirlerinde daha da ön plandadır.

*“Memleket mi, yıldızlar mı, gençliğim mi daha uzak? / Kayınların arasında bir pencere, sarı, sıcak.”*<sup>176</sup>, *“Onu da benim gibi deli etmiştir, deli, / her solukta alıp da memleket kokusunu / memleketi bir daha görmemek ihtimali.”*<sup>177</sup>, *“Şairi cennete koymuşlar 'Ah, memleketim!' ... demiş.”*<sup>178</sup>, *“Şair, memlekette uzak, hasretlerle delik deşik, Eski Kent'te duruyordu, / meydanlıkta, yapayalnız.”*<sup>179</sup>, *“Sen şimdi yalnız saçımın akında, / enfarkında yüreğimin, / alnumun çizgilerindesin memleketim, / memleketim, / memleketim...”*<sup>180</sup> buna örnek sayılacak dizelerden bazılarıdır. Bu hasret, şairin yaşamının son anına kadar azalmadan sürmüştür. Nitekim Nâzım, yaşamının sonunda da gömülmek istediği yeri *“Yoldaşlar, nasip olmazsa*

<sup>171</sup> Nâzım Hikmet, “Gece”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 104, 105.

<sup>172</sup> Nâzım Hikmet, “Tuna Üstüne Söylenmiştir”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 167.

<sup>173</sup> Nâzım Hikmet, “Yeni Şiirler”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 7.

<sup>174</sup> Nâzım Hikmet, “Münevver'e Mektup Yazdım, Dedim Ki”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019): 1616.

<sup>175</sup> Nâzım Hikmet, “Memet,” *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 117.

<sup>176</sup> Nâzım Hikmet, “Karlı Kayın Ormanında,” *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 69.

<sup>177</sup> Hikmet (n. 23) 36.

<sup>178</sup> Nâzım Hikmet, “Şeytan'a Marsiye”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 86.

<sup>179</sup> Nâzım Hikmet, “Öğle”, *Yeni Şiirler*, (20. Baskı, Adam 2000) 100, 101.

<sup>180</sup> Nâzım Hikmet, “Yine Memleketim Üstüne Söylenmiştir”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 147.

*görmek o günü, / Ölüsem kurtuluştan önce yani, / alıp götürün Anadolu'da bir köy mezarlığına gömün beni.*” diyerek, yine memleketi olarak göstermiştir.<sup>181</sup>

## B. Antiemperyalizmin Nesnesi

Nâzım Hikmet'in şiirlerinde memleket meselesi, çoğu kez sömürüye karşı durmanın konusunu oluşturur. Bir Marksist-Leninist olarak Nâzım, tabii ki bu sömürüyü, sıradan bir Batı düşmanlığı veya “anti-gavurculuk” biçiminde görmez.<sup>182</sup> Lenin'in emperyalizm teorisine koşut olarak Nâzım açısından emperyalizm, kapitalizmin ileri bir aşamasıdır.<sup>183</sup> Fakat bu bağlamda, özellikle ABD emperyalizme karşı durmayı bir “vatan savunması” olarak görür, bunun aksi durumu da sıklıkla “vatanı satmak” olarak tanımlar. İlginçtir, hasret söz konusu olduğunda “memleket” biçimini alan ülke ögesi, konu emperyalizm olduğunda daha çok “vatan” sözcüğüyle ifade edilir. Bu, pek çok şiirdeki ortak noktadır. Bunda da SSCB'nin “vatan savunması” jargonunun ve bir akım olarak vatanseverliğin/yurtseverliğin payı olsa gerekir.<sup>184</sup>

Örnek verelim: Kuvâyi Milliye Destanı'nda “*kanlı bankerler pazarında / memleketi Alaman'a satanlar*”, ateş ve ihanet içinde tasvir edilmiş; bu kişiler, emperyalizm altında “*köle olmamak için dövüşen halk*”ın gazabından başlarını kurtarmak için basıp gittikleri için yerilmiştir.<sup>185</sup> Bu yergiden “*Amerikan mandasını talep edenler*”<sup>186</sup> de payını almış, manda ve himayeyi reddedenler ise yüceltilmiştir.<sup>187</sup> Başka şiirlerde de “vatanı satma” metaforu, “*Gülüm, Kuvayi Milliye atları / gözüm, Kuvayi Milliye atları, / memleketi satanları bağlasınlar, Kuyruğunuza...*”<sup>188</sup> dizelerinde gördüğümüz gibi bir yergi veya “*halkın sevdiği gibi memleketini seven insan, / ve kendi halkından korkacak iş yapmamış / ve memleketini satmayan*”<sup>189</sup> dizelerinde gördüğümüz üzere, bir övgü aracı olmaktadır. Vatan kavramı, “*Bu Vatana Nasıl Kıydılar*”da bir hesap sormanın da odağı olmuştur:

*“İnsan olan vatanını satar mı? / Suyun içip ekmeğini yediniz. / Dünyada vatandan aziz şey var mı? / Beyler bu vatana nasıl kıydınız?*

*Onu didik didik didiklediler; / saçlarından tutup sürüklediler. / götürüp kâfire : ‘Buyur...’ dediler. / Beyler bu vatana nasıl kıydınız?*

<sup>181</sup> Nâzım Hikmet, “Vasiyet”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 25. Daha az bilinse de Nâzım Hikmet bir başka şiirinde de “*Ama, ben, çam tahtasından bir tabutta / Anadolu yaylasına gömüleyim istiyorum.*” der. Nâzım Hikmet, “Deniz Üstüne”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 52.

<sup>182</sup> Gerçi “Kuvâyi Milliye”de ve “Memleketimden İnsan Manzaraları”nda bazı karakterlerin ağızından düşman “gavur” diye nitelendirilir.

<sup>183</sup> Vladimir İlyiç Lenin, *Emperyalizm- Kapitalizmin En Yüksek Aşaması* (Cemal Süreya (çev), Sol 2009).

<sup>184</sup> Nâzım “Gençlik Marşı”nda da “yurtseveriz” ifadesini vurgular. Bkz. Hikmet (n. 25) 207.

<sup>185</sup> Nâzım Hikmet, “Karayılan Hikâyesi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 535.

<sup>186</sup> ibid 535.

<sup>187</sup> Hikmet(n. 121 1992) 26.

<sup>188</sup> Nâzım Hikmet, “Avni'nin Atları,” *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 168.

<sup>189</sup> Hikmet (n. 41 1992) 443.



*Eli kolu zincirlere vurulmuş, / vatan çırılçıplak yere serilmiş. / Oturmuş göğsüne Teksaslı çavuş. / Beyler bu vatana nasıl kıydınız?*

*Günü gelir çark düzüne çevrilir, / günü gelir hesabınız görülür. / Günü gelir sualiniz sorulur : / Beyler bu vatana nasıl kıydınız? ”<sup>190</sup>*

Nâzım’a göre “vatani satanlar”, tam bağımsızlık politikasını benimsemeyip Türkiye’yi NATO güdümüne sokan, ABD emperyalizminin yerli işbirlikçileridir. Daha spesifik olarak söylersek; özellikle Demokrat Parti çevresinde cisimleştirilen bu özneler, vatani “*her devirde, her zaman / satılacak bir gazete*”den fazlası olarak görmeyen ve bu nedenle satmayı (“*hazret sattı vatani*”<sup>191</sup>, “*Bir yandan vatani satıp / bir yandan böyle bahsettiler.*”<sup>192</sup>) da kolay bulan siyasetçilerdir. Nâzım’ın “*vatanın anasını ağlatan*”<sup>193</sup> türden saydığı bu politikacılara dönük toplu değerlendirmesi “*vatan düşmanı*” biçimini dahi almıştır:

*“Bursada havlucu Recebe, / Karabük fabrikasında tesviyeci Hasana düşman, / fakir-köylü Hatçekadına, / ırgat Süleymana düşman, / sana düşman, bana düşman, / düşünen insana düşman, / vatan ki bu insanların evidir, sevgilim, / onlar vatana düşman...”*<sup>194</sup>

Şairin bu şiirlerde aktardığımız “vatan satıcısı” veya “vatan düşmanı” gibi suçlamalarını, dönemin “vatan” kavramıyla ilgili hegemonya mücadelesinin bir parçası sayabiliriz. Zira anılan dönemde, sağ kanat siyasetçi ve edebiyatçıların genel olarak komünistlere ve özel olarak Nâzım Hikmet’e dönük “vatan haini” suçlamaları zirveye varmıştır. Nâzım, bu suçlamaya, “vatan” kavramının sol yorumunu yaptığı “Vatan Haini” şiirinde çarpıcı bir dille yanıt vermiştir. Memleket şairi, bu şiirinde karşılıklı biçimde pejoratif olarak kullanılan “vatan haini” kavramını ironik biçimde sahiplenmiş; bunu yaparken de aslında muhataplarının milliyetçiliğinin dayandığı “vatan” anlayışını sert biçimde yermiştir:

*“Nâzım Hikmet vatan hainliğine devam ediyor hâlâ / Amerikan emperyalizminin yarı sömürgesiyiz, dedi Hikmet / Nâzım Hikmet vatan hainliğine devam ediyor hâlâ’ / Bir Ankara gazetesinde çıktı bunlar, üç sütun üstüne, kapkara haykıran / puntolarla, / Bir Ankara gazetesinde, fotoğrafı yanında Amiral Viilyamson’un / 66 santimetre karede gülüyor, ağzı kulaklarında / Amerikan Amirali / Amerika, bütçemize 120 milyon lira hibe etti, 120 milyon lira. / ‘Amerikan emperyalizminin yarı sömürgesiyiz, dedi Hikmet / Nâzım Hikmet vatan hainliğine devam ediyor hâlâ.’*

*Evet, vatan hainiyim, siz vatanperverseniz, siz yurtseverseniz, ben yurt hainiyim, ben vatan hainiyim. / Vatan çiftliklerinizse, kasalarınızın ve çek defterlerinizin içindekilerse vatan / Vatan, şose boylarında gebermekse açlıktan / Vatan, soğukta it gibi titremek ve sıtmadan kıvrnamaksa yazın / Fabrikalarınızda al kanımızı içmekse vatan, / Vatan turnaklarıysa*

<sup>190</sup> Nâzım Hikmet, “Bu Vatana Nasıl Kıydılar”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1688.

<sup>191</sup> Hikmet (n.127)1702.

<sup>192</sup> Hikmet (n. 120) 262.

<sup>193</sup> Hikmet (n. 127) 1702.

<sup>194</sup> Hikmet (n. 22 1992) 114.

*ağalarınızın / Vatan, mızraklı ilmühalse / Vatan, polis copuysa / Ödeneklerinize, maaşlarınızsa vatan, / Vatan, amerikan üsleri, Amerikan bombası, Amerikan donanması topuysa, / Vatan, kurtulmamaksa kokmuş karanlığımızdan, / ben vatan hainiyim*

*Yazın üç sütun üstüne kapkara haykıran puntolarla / Nâzım Hikmet vatan hainliğine devam ediyor hâlâ.*<sup>195</sup>

Nâzım Hikmet bu şiirinde “vatan haini” sıfatını kinayeli biçimde sahiplense de gerçekte kendisini tabii ki bir vatansız sayar. Bu, “*Kavaklarını övmekten, / Kuru kuruya sevmekten / Ne çıkar ki memleketim!*”<sup>196</sup> dizelerinde görüldüğü gibi bazen özcü bir sevgiye kadar varır. Fakat bunun ötesinde, yurtseverliğini politik bir içerikle doldurur. O kadar ki, kendi mahpusluğunun, politik içerikle yüklü bu yurtseverliğinden ileri geldiğini düşünür:

*“Tanya, / senin memleketini sevdiğin kadar / ben de seviyorum memleketimi. / Seni astılar memleketini sevdiğim için, / ben memleketimi sevdiğim için hapisteyim.”*<sup>197</sup>

Nâzım için, memleketi sevmenin politik içeriği (kestirmeden söyleyecek olursak) Komünizmdir. Şair; Komünizmin, diğer pek çok şeyin yanı sıra “*İnsan insanı sömürmesin diye ve daha adil bir dünya / daha güzel bir memleket için...*”<sup>198</sup> olduğunu söyler ve onu “*memleket için bir kurtuluş düşü*”<sup>199</sup> sayar. Bu belirlemeler aslında yurtsever olmasından mütevellit bir komünist olduğunun da teyididir.

Fakat burada şunu da not etmek gerekir: Nâzım’ın komünistliği, onun enternasyonalizmi dışlayan bir milliyetçiliğe sıkışmasına izin vermez. “*En sevdiğim memleket yeryüzüdür.*”<sup>200</sup> diyerek aslında tüm ülkeleri sahiplenen şair, bunu “*Memet, / memleketler içinde bir şirin memlekettir Türkiye, / bizim memleket.*”<sup>201</sup> dizelerinde “en şirin”, “en güzel” vb. sıfatları kullanmayarak da gösterir. “*Oralı ilk yeni adamı yüzyılımın, / bütün yurtlarımın yurttaşı Lenin Yoldaş.*”<sup>202</sup> dizeleriyle de yurttaşlık bağının salt hukuksal bir statü olmayıp bir ideolojik bağ olduğunu ortaya koyar. Fakat yeniden altını çizmek gerekir ki bu, Nâzım’ın vatansız olduğu anlamına gelmez. Nâzım’ın vatani önce “*Türkiyem*” diye nitelediği Türkiye, sonra “*ikinci vatan*”<sup>203</sup> gördüğü Sovyetler Birliği’dir.

<sup>195</sup> Nâzım Hikmet, “Vatan Haini”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019) 1826.

<sup>196</sup> Nâzım Hikmet, “Kavak”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 84.

<sup>197</sup> Hikmet (n. 41 1992) 462.

<sup>198</sup> ibid 261.

<sup>199</sup> Hikmet (n. 36) 111.

<sup>200</sup> Nâzım Hikmet, “Dörtlük”, *Son Şiirleri*, (20. Baskı, Adam 1999) 32.

<sup>201</sup> Nâzım Hikmet, “Memet’e Son Mektubumdur”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 58.

<sup>202</sup> Hikmet (n. 41 2000) 172.

<sup>203</sup> Nâzım Hikmet, “Hacı Oğlu Salih”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000) 74.

## Sonuç

Nâzım Hikmet'in anayasa hukukunun veya genel olarak devlet teorisinin başlıca öğelerine dönük yaklaşımı aşağı yukarı bellidir.

- “Hürriyet” kavramını sürekli olarak şiirlerinde kullanan şair, bu sözcüğe asla liberal bir anlam vermemiştir. Bağlamına göre kendi tutsaklığının zıddı olarak kullandığı bu kavram, esasen sınıfsal (dar anlamda kapitalist) ve sömürgeci (geniş anlamda kapitalist) tahakkümün olmadığı koşulları ifade eder. Yani tersten söylersek hürriyetin zıddı, kapitalist / emperyalist düzen ve feodal koşullardır. Şair, hürriyet sözcüğünü bu anlamıyla kullanırken genelde Komünizme gönderme yapsa da bağlamına göre bağımsızlık veya baskıya karşı direniş hareketlerini de onun içine katar. Dolayısıyla Nâzım Hikmet'in “hürriyet”i, Cumhuriyetçi özgürlük düşüncesine denk düşer.

- Devletin “hükümet” ögesi konusunda Marksist-Leninist teorinin temel kabullerini dizelerine tutarlı biçimde yansıtan şair, burjuvazinin (burjuva diktatörlüğünün) ekonomik şiddetine karşı devrimci şiddeti ve eşitliği boğma ihtimaline karşı proletarya diktatörlüğünü (işçi demokrasisi) çekinmeden sahiplenir. Liberal demokrasi öğelerini (örn. çok partili seçimler) her koşulda dışlamaz ama demokrasi ufkunu da kısmi kılmaz. Türkiye özelinde CHP hükümetine nispeten ılımlı bir muhalefet güden Nâzım'ın bu tutumu, genel olarak Komintern'in, özel olarak da TKP'nin politikalarıyla koşuttur. Kemalizme ilerici (bağımsızlıkçı ve feodalizm karşıtı) potansiyeli uyarınca sahip çıkar görünen şair, tamamen Kemalist de sayılmaz. Ona, büyük olasılıkla cezaevinde ve af beklentisi içinde olmasından ötürü (onu en çok etkileyen on beşler olayı dâhil) düşük düzeyde eleştiriler getirirse de başlıca ilkeleri (altı ok) reddetmez. Nâzım'ın Kemalizm eleştirisi onu aşmaya dönüktür.

Buna karşılık, konu DP olduğunda şairin kalemi keskinleşir. Şair, DP'nin Kemalist potansiyeli geriye çevirdiği ve vatani emperyalizme sattığı konusunda nettir. Ona göre bu geri gidişe 27 Mayıs müdahalesiyle “dur” denmiş ve yeniden devrimci potansiyeller ortaya çıkmıştır. 1960'daki öğrenci hareketlerini halk hareketi olarak kucaklayan Nâzım'ın, 27 Mayıs'ı olumlu saydığını söyleyebiliriz. Bu durum, son yıllarda darbe literatüründe görünür olan “demokratik darbe” metaforuna denk düşmektedir.<sup>204</sup>

- Devletin millet ögesi yönünden Nâzım Hikmet, Kemalizmin “Türk” kavramına dönük yaklaşımı, şairin yaşamındaki gelişmelerle koşuttur. İlk gençlik yıllarında Türkçü eğilimleri olan şair, komünist zamanındaki şiirlerinde de Türk kavramına sıklıkla yer vermiş ve fakat buna dönük eleştiriler baş gösterdiğinde bu eleştirilere -Leninist bir yaklaşımla- Türk toplumunun ilerici kültürel özelliklerini sahiplendiğini

<sup>204</sup> Varol, 27 Mayıs'ı, Portekiz Karanfil Devrimi gibi, sonuçları itibarıyla diğer devrimlerden ayırır. Bkz. Ozan Varol, *The Democratic Coup d'État* (Oxford University Press 2017).

ortaya koyarak yanıt vermiştir. “Şeyh Bedreddin Destanı”nda toplumcu, “Kuvâyı Milliye”de antiemperyalist nüveleri ve “Memleketimden İnsan Manzaraları”nda emekçi öğeleri öne çıkarması bunun bir örneğidir. Bu dizelerde Türk kavramını bazen etnik anlamda, bazen Türkiye’deki tüm halkı imler gibi kullandığı açıkça görünür olan şair, diğer etnik grupları tamamen yok saymış değildir. Fakat bu etnik göndermeler (Ermeni, Kürt ve Laz) genellikle tarihsel gelişimin öznelere olarak değil, dekoratif niteliktedir. Gerçi Kürtlere dönük ırkçılık karşıtı veya Ermenilere dair 1915 olayları özelinde öz eleştiri içeren söylemler yok değildir. Ne var ki Kürtler özelinde feodalizmle bağa yapılan vurgu özellikle dikkat çekicidir. Sınırlı sayıda şiirde görülen bu sapmayı göz ardı edecek olursak şairin “ulusal sorun”u reddetmediği ama bunun üzerinde de pek durmadığı söylenebilir. Bunda TKP’nin (özellikle Kürt isyanlarını) antiemperyalist nitelikte saymamış olmasının payı olsa gerekir. Nitekim bu potansiyelin tartışılmaya başlandığı 1960’lardan itibaren bu tutum değişmeye başlamıştır. Şairin yeni çıkan kimi mektupları da bunu göstermektedir.

- Devletin ülke ögesi ise Nâzım Hikmet şiirlerin başlıca konularından biridir. Yoğun bir memleket hasreti çeken şair, pek çok defa dile getirdiği üzere bir yurtseverdir. Şoven bir milliyetçiliğe hapsolmayan bu yurtseverliğin başlıca ilkesi anti-emperyalizmdir. Şair, devletin “memleket” ögesi üzerine yazdığı dizelerde ısrarlı bir şekilde egemenliğin dışsal boyutuna yani bağımsızlığa dönük çağrısını yinelemiş ve bunu, üzerinde yaşayan sıradan insanlar, hayvanlar, ağaçlar ve diğer ürünlerin özgürlüğünün ön koşulu saymıştır.

Buraya kadar yazılanlardan bir sonuç çıkarmak gerekirse; Nâzım Hikmet’in anayasa tezlerinin uluslararası sosyalist hareketin anayasal gelişme tezleriyle birebir örtüştüğünü söyleyebiliriz.<sup>205</sup> Lenin, Stalin, Mao gibi isimlerin Türkiye üzerine yazdıklarına dayanan bu teze göre Kemalist hareket, 1908 Devrimi’nden aldığı devinimle burjuva-devrimci nitelik taşımaktadır. Bu devrim, anti-emperyalist mücadelede doğu halklarını etrafında toparlama olasılığı bulunan ve gerçekleştiği denli daha ilerici bir karakter kazanabilecek, fakat bunu gerçekleştiremediği ölçüde işçi ve köylülerle mücadele ederek ve yabancı sermayeyle iş birliği yaparak emperyalizmin güdümüne girecek potansiyelleri barındırır. 1930’lu yıllardaki gelgitli pozisyon 1950’li yıllardaki Demokrat Parti iktidarıyla birlikte ikinci yöne savrulmuş fakat halkın haklı ve yurtsever mücadelesi buna bir dur demmiştir.<sup>206</sup> Bu müdahale yeniden bir ilerleme olasılığını getirmiştir. Anılan olasılığın ortaya çıktığı ve Kürtlerin de özellikle Türkiye İşçi Partisi ile bulunduğu denli “ezilen halk” olarak nitelenmeye başlayacağı zamanlar, Nâzım Hikmet’in de (3 Haziran 1963) yaşama gözlerini yumduğu günlere denk düşmektedir.

<sup>205</sup> Bu tezler için bkz. Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri* (3. Baskı, YKY 2013) 141-146.

<sup>206</sup> ibid 141, 142.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

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

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

### Kitaplar/Books

- Akal CB ve Tosun Y (edr), *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar* (1. Baskı, Dost Kitabevi 2016).
- Akal E, *Moskova-Ankara-Londra Üçgeninde İştirakiyuncular, Komünistler ve Paşa Hazretleri* (1. Baskı, İletişim 2014).
- Akbulut E ve Ülker E, *Komintern, TKP ve Kürt İsyanları* (1. Baskı, Yordam 2022).
- Akbulut E, *Komintern Belgelerinde Nâzım Hikmet* (1. Baskı, TÜSTAV 2002).
- Akgül H, *Nâzım Hikmet: Siyasi Biyografi* (1. Baskı, Çiviyazıları 2002).
- Aksoy M, *Partizan Radyo ve D.P.* (1. Baskı, Ayyıldız Matbaası 1960).
- Akşin S, *31 Mart Olayı* (İmge Kitap 2015).
- Amado J, *Amerika'nın Türkler Tarafından Keşfi* (Yaşar Avunç (çev), Kırmızı Kedi 2023).
- Anderson B, *Hayali Cemaatler* (İskender Savaşır (çev), Metis 2020).
- Araştırma Grubu, *Parti Tarihi: Türkiye Komünist Partisi'nin Kuruluş Dinamikleri – 1* (Yazılama 2021).
- Ataöv T, *Nazım'ın Hasreti* (Literatür 2002).
- Babayev E, *Nâzım Hikmet: Yaşamı ve Yapıtları* (Ataol Behramoğlu (çev), 4. Baskı Cumhuriyet Kitapları 2010).
- Bardakçı M, *Enver Paşa* (1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür 2019).
- Bauer O, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* (Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand 1907).
- Bozbağ İ, *Mustafa Suphi'yi Kim Öldürdü: Atatürk Mü? Lenin Mi?* (Emre 1992).
- Can H, *Nazım Hikmet ve Kürtler: İttihatçı-Kemalist İdeolojiden Kurtulmamış Sosyal Şoven TKP'nin Üyesi Bir Şair* (Peri 2010).
- Cebesoy AF, *Bilinmeyen Hatıralar: Kuva-yı Milliye ve Cumhuriyet Devrimleri* (Temel 2001).
- Cilasun E, *Mustafa Suphi ve Yoldaşlarını Kim Öldürttü?* (Tekin 2021).
- Çelenk H, *Barış Savaşçıları: Anılar* (Tekin 1996).
- Dino A, *Nâzım Üstüne* (4. Baskı Sel 2018).
- Draper H, *Proletarya Diktatörlüğü Tartışması Marx'tan Lenin'e* (Osman Akinhay (çev), Belge 2013).
- Erdem H, *Mustafa Suphi* (3. Baskı Sel 2010).
- Erdost Mİ, *Üç Şair: Nazım Hikmet, Cemal Süreya, Ahmet Arif* (2. Baskı Onur 2004).
- Eroğul C, *Demokrat Parti: Tarihi ve İdeolojisi* (Yordam 2013).

- Fuat M, *Nâzım Hikmet: Yaşamı Ruhsal Yapısı, Davaları, Tartışmaları, Dünya Görüşü, Şiirinin Gelişmeleri* (3. Baskı, Adam 2001).
- Göksu S ve Timms E, *Romantik Komünist: Nâzım Hikmet'in Yaşamı ve Eseri* (Barış Gümüşbaş (çev) 4. Baskı, Doğan Kitap 1999).
- Göze E, *Peyami Safa Nazım Hikmet Kavgası* (3. Baskı, Yağmur 1975).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı, Ekin 2021).
- Gürbüz C, *Mustafa Suphi Olayı ve Edebiyata Yansımaları* (Berfin 2021).
- Hikmet N, *Benerci Kendini Niçin Öldürdü?* (Adam 1992).
- Kemal Tahir'e Mapusaneden Mektuplar* (Milliyet Yayınları 1996).
- Sanat, Edebiyat, Kültür, Dil, Yazılar – I* (7. Baskı, Adam 1996).
- Yaşamak Güzel Şey Be Kardeşim* (Adam 1992).
- Hikmet VT, *Bahtiyar Ol Nâzım* (Hülya Arslan (çev), Anna Stepanova (haz), YKY 2008).
- İnalçık H, *Kuruluş: Osmanlı Tarihini Yeniden Yazmak* (Hayy Kitap 2010).
- İnan AA, *Medenî Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazmaları* (Türk Tarih Kurumu 1969).
- Kadir A, *1938 Harp Okulu Olayı ve Nâzım Hikmet* (İstanbul Matbaası 1967).
- Karaca E, *İnancın ve Direncin Adı: Hikmet Kıvılcımlı* (Destek 2011).
- Karaosmanoğlu YK, *Yaban* (82. Baskı, İletişim 2018).
- Kardam A, *Mustafa Suphi: Karanlıktan Aydınlığa* (İletişim 2020).
- Lenin, Vİ, *Emperyalizm - Kapitalizmin En Yüksek Aşaması* (Cemal Süreya (çev), Sol 2009).
- Ulusların Kederlerini Tayin Hakkı* (Muzaffer İlhan Erdost (çev), Sol 1998).
- Yenilgicilik ve Enternasyonalizm* (Ferit Burak Aydar (çev), Agora 2009).
- Lewis B, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Metin Kıratlı (çev), 5. Baskı, Türk Tarih Kurumu 1993).
- Marx K, *Kapital* (Mehmet Selik ve Nail Satlıgan (çevr), Yordam 2021).
- Mevlana, *Mesnevi - III* (Doğan Kitap 2015).
- Mumcu U, *40'ların Cadı Kazanı* (20. Baskı, um:ag Vakfı 1990).
- Aybar ile Söyleşi Sosyalizm ve Bağımsızlık* (8. Baskı, Tekin 1993).
- Nabi Y (ed), *Yeni Çağ Türküleri: 28 Nisan – 27 Mayıs Şiirleri* (Varlık 1960).
- Nureddin, V, *Bu Dünyadan Nazım Geçti* (Cem 1975).
- Bu Dünyadan Nâzım Geçti* (Cem 1988).
- Oran B, *Türkiye'de Azınlıklar: Kavramlar, Teori, Lozan, İç Mevzuat, İctihat, Uygulama* (İletişim 2018).
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2021).
- Perinçek M, *Sovyet Devlet Kaynaklarında Kürt İsyanları* (5. Baskı, Kaynak 2014).
- Pettit P, *Cumhuriyetçilik* (Abdullah Yılmaz (çev), Ayrıntı 1998).
- Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (YDÜHF 2013).
- Sarıyüce HL (ed), *28 Nisan – 27 Mayıs Hürriyet Şiirleri Antolojisi* (Ekin 1960).
- Sebuk MA, *Nâzım'ın Özgürlük Savaşı* (Cem 1990).
- Sertel Z, *Mavi Gözlü Dev: Nazım Hikmet ve Sanatı* (Cem 1977).
- Nâzım Hikmet'in Son Yılları* (Remzi 2001).
- Sertel Z, Sertel S ve Sertel Y, *Sertel'lerin Anılarında Nâzım Hikmet ve Babiâli* (Adam 1993).

- Skinner Q, *Liberalizmden Önce Özgürlük* (Kemal Özdil (çev), Isık 2018).
- Sülker K, *Bilinmeyen Mektuplarıyla Nâzım Hikmet Orhan Kemal Dostluğu* (Amaç 1988).  
—*Nâzım Hikmet Dosyası* (3. Baskı, May 1967).  
—*Nâzım Hikmet'in Polemikleri* (Ant 1968).
- Sverçevskaya, A ve Uturgauri S, *Kardeşim Nâzım: Çağdaşlarının Anıları* (Mehmet Özgül (çev), Cem 2002).
- Şen B, *Cumhuriyetin İlk Yıllarında TKP ve Komintern İlişkileri* (Küyerel 1998).
- Tahir K, *Yol Ayrımı* (14. Baskı, İthaki 2020).
- Tanör B, *Anayasal Gelişme Tezleri* (3. Baskı, YKY 2013).
- Tanyu H, *Türkçülük Davası ve Türkiye'de İşkenceler* (Kayseri Erciyes Matbaası 1950).
- Timur T, *Türkiye'de Çok Partili Hayata Geçiş* (İletişim 1991).
- Tolstoy L, *Harp ve Sulh* (Zeki Bastimar ve Nâzım Hikmet (çev), Maarif Vekaleti 1945).
- Topuz H, *Hava Kurşun Gibi Ağır: Nâzım Hikmet'in Romanı* (6. Baskı, Remzi Kitabevi 2011).
- Tunçay M, *Türkiye'de Sol Akımlar (1908-1925)* (2. Baskı, Bilgi 1967).  
—*Türkiye'de Sol Akımlar-II* (BDS 1992).
- Türk Dil Kurumu, *İkinci Türk Dil Kurultayı: Müzakere Zabıtları, Tezler, 18-23 Ağustos 1934* (TDK 1934).  
—*Türkçeden Osmanlıcaya Cep Kılavuzu* (Devlet Basımevi 1935).
- Türkiye Yazarlar Sendikası, *Nazım Hikmet'e Armağan* (Tekin 1977).
- TÜSTAV, *1920-21'ler Türkiye'si ve Mustafa Suphi'lerin Dönüşü* (TÜSTAV 2005).
- Uluç F, *Nâzım Hikmet ve 1938 Harbokulu Olayının Gerçek Yönü* (1. Baskı, Ayyıldız 1967).
- Varol O, *The Democratic Coup d'État* (Oxford University Press 2017).
- White JB, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (Little, Brown & Co 1973).
- Yüzbaşıoğlu N ve Tanör B, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (21. Baskı, Beta 2023).

## Makaleler/Articles

- Akbulut E, "Türkiye Komünist Partisi ve Darbeler", Mehmet Ö. Alkan (ed), *Osmanlıdan Günümüze Darbeler* (Tarih Vakfı Yurt 2016).
- Çetin Ş, "Kore Savaşı'nın Türk Edebiyatında Uyandırdığı Akisler" (2018) 58(1) Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi.
- Gariper C, "Nâzım Hikmet'in Bakışıyla Nâmık Kemal" (2013) (10) Yeni Türk Edebiyatı Araştırmaları 79-98.
- Gencer Aİ, "İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmî Dil olarak Kabûlü Meselesi," iç Armağan: Kanun-u Esasî'nin Yüzüncü Yılı (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1978).
- Gökçe E, "Turan Emeksiz," *Bütün Şiirleri* (Evrensel 2012) 83-84.
- Gönenç L ve Esen S, "Religious Information on Identity Cards: A Turkish Debate" (2007) (23) *Journal of Law and Religion* 579-603.
- Gözler K, "Devletin Bir Unsuru Olarak 'Millet' Kavramı" (2001) (64) *Türkiye Günlüğü* 108-123.

- Hikmet N, “Öz Türkçe Düşünceler”, Metin İlkin (ed), *Nâzım Hikmet: Aydınluğçu Şair, Aydınluğçu Yazar* (Oda 1976).
- “Hazırlanan Anayasa Üzerine Birkaç Düşünce” iç Anjel Açıkgöz (ed), *Bizim Radyo’da Nâzım Hikmet*, (2. Baskı, TÜSTAV 2004).
- “Türk Subayının Faciası: Dalından Kopup Çürüyen Elma” iç Anjel Açıkgöz (ed), *Bizim Radyo’da Nâzım Hikmet*, (2. Baskı, TÜSTAV 2004).
- “Yeni Ana Kanun Dolayısıyla: Sovyet Demokrasisi” (2016) (132) *Gelenek*.
- Perinçek, Mehmet. “Gizli Belgeler ve Bilinmeyen Yazıları: Nâzım Hikmet ve 27 Mayıs” (2023) (36) *Bilim ve Ütopya*.
- “Ölümünün 65. Yılı: Stalin’in Cenaze Töreninde DP Hükümeti Heyeti” (2018) (291) *Toplumsal Tarih*.
- Rüya A, “Bu Memleket Bizim” (2017) (30) *Karabatak*.
- Safa P, “Bu Ne Patavastsızlık” (1950) 104447 (1) *Ulus*.
- Savran S, “Tutsak Bolşevik: Nâzım Hikmet ve Stalinizm” (2016) (26) *Devrimci Marksizm*.
- Tahir K, “Nâzım Hikmet”, *Namık Kemal İçin Diyorlar Ki* (Şirketi Mürettibiye 1936).

## Şiirler/Poems

- Hikmet N, “1 Mayıs”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “1 Mayıs’ta Kızıl Meydan”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “6 Aralık 1945”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “23 Sentlik Askere Dair”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “26 Ağustos Gecesinde Saatlar İki Otuzdan Beş Otuza Kadar ve İzmir Rıhtımından Akdeniz’e Bakan Nefer”, *Kuvâyi Milliye*, (6. Baskı, Adam 1992).
- “28 Kânunisanı,” *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Açlık Ordusu Yürüyor”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Asya Afrika Yazarlarına”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Avni’nin Atları”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Bazı Anlar”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Beşinci Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Beyazıt Meydanı’ndaki Bir Ölü”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Beyazıt Meydanı’ndaki Ölü”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Bir Cezaevinde, Tecritteki Adamın Mektupları”, *Kuvâyi Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Bir Hazin Hürriyet”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996).
- “Bir Şehir Rehberi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Birinci Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Bu Vatana Nasıl Kıydılar”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Bu Yazı Uzun Seneler Dünya Emperyalizminin Şarkta Kanlı Bekçiliğini Yapan Çarlık Rusyasının Ne Suretle Öldüğüne Dairdir”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- Cezaevinden Memet Fuat’a Mektuplar (Mektuplar -2) (Adam, 1990).
- ‘Deniz Üstüne’, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).



- “Destan”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Dördüncü Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Dörtlük”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Feryat-ı Vatan”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Gazete Fotoğrafları Üzerine”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Adnan Bey”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Korku”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Gazete Fotoğrafları Üzerine: Refik Koraltan”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Gece”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Gençlik Marşı”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996).
- “Gerileyen Türkiye Yahut Adnan Menderes’e Öğütler”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Gömlük, Pantolon, Kasket ve Fötre Dair”, *Benerci Kendini Niçin Öldürdü?* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Hacı Oğlu Salih”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Hapisten Çıktıktan Sonra”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam, 1992).
- “Hürriyet Kavgası”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Hürriyet Kavgası”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “İrkıma”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “İhtilâli Kebir”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992).
- “İkinci Bölüm”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “İkinci Bölüm”, *Memleketimden İnsan Manzaraları*, (6. Baskı, Adam, 1992).
- “İkinci Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “İstanbul”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Kalbim”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Karanlıkta Kar Yağıyor”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996).
- “Karayılan Hikâyesi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Karlı Kayın Ormanında” *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Kavak”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Komsomol” *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Komünistlere Bir Çift Söz”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Kore Türküsü”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Kore’de Ölen Bir Yedek Subayımızın Adnan Beye Söyledikleri”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Lehistan Mektubu”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Lenin Üstüne Vıladimir İliç’le Konuşuyorum”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Leninle”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Lidi Vanna”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Mektup”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Memed’e Son Mektubumdur”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Memet”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).

- “Meşhur Adamlar Ansiklopedisi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Münevver’e Mektup Yazdım, Dedim Ki”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Nereden Gelip Nereye Gidiyoruz?”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Niyazalant Sömürgesi”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “On Beşler İçin”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “On Beşlerin Kitabesi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Orası”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Otobiyografi”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Öğle”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Piraye İçin Yazılmış: Saat 21-22 Şiirleri”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Raşel’in Rüyası”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Rubailer”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Saman Sarısı”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Sekiz Yüz Elli Yedi”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Seni Düşünüyorum”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Severmişim Meğer”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Simavne Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Destanı”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992).
- “Simavne Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Destanı’na Zeyl: Milli Gurur”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992).
- “Sultan Hamit Devrinde”, *Yatar Bursa Kalesinde* (10. Baskı, Adam 1996).
- “Şair”, *835 Satır* (7. Baskı, Adam 1992).
- “Şeytan’a Marsiye”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Teftiş”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı YKY 2019).
- “Tuna Üstüne Söylenmiştir”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Türk Köylüsü”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Türkiye İşçi Sınıfına Selam”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Üçüncü Kitap”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Vasiyet”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Vatan Haini”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Vatana!”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Yarabbi Bahtımız Ne Kadar Kara”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Yaşım Altmış”, *Son Şiirleri* (20. Baskı, Adam 1999).
- “Yeni Şiirler”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Yıl 1920 ve Arhaveli İsmail’in Hikâyesi”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Yıl Yine 1919 ve İstanbul’un Hâli ve Erzurum ve Sivas Kongreleri ve Kambur Kerim’in Hikayesi”, *Kuvâyı Milliye* (6. Baskı, Adam 1992).
- “Yine Memleketim Üstüne Söylenmiştir”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Yirminci Kongre”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).
- “Yoldaşım”, *Bütün Şiirleri* (17. Baskı, YKY 2019).
- “Memed’e Son Mektubumdur”, *Yeni Şiirler* (20. Baskı, Adam 2000).

Süreya C, “555 K”, *Sevda Sözleri: Bütün Eserleri* (YKY 2013).

— “Kısa Türkiye Tarihi II”, *Sevda Sözleri: Bütün Eserleri* (YKY 2013).

### **Anayasa Mahkemesi Kararı**

AYM, 1973-38, 1975-23, 11-14/02/1975.



## YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.  
*Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.*
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.  
*The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.*
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.  
*Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.*
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.  
*Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.*
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.  
*The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.*

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

*Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.*

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

*As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.*

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

*The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.*

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

*Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.*

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

*The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.*

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

*The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.*

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

*Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.*

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

*The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.*

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

*To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.*

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların [ihfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:ihfdergiler@istanbul.edu.tr) e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

*Papers should be sent to [ihfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:ihfdergiler@istanbul.edu.tr) in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

*Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.*

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözетerek belirler.

*The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.*

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

*The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.*