

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt 9, Eylül, Sayı 2**  
**Vol. 9, September, No. 2**

**İstanbul**  
**Eylül 2024**

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

*“İMHFD” abbreviation should be used in reference to the journal.*

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.*



### **Copyright © 2024**

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.*

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**İstanbul Medeniyet Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Yayın Sahibi**

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*  
*Hukuk Fakültesi adına*  
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

**Editör**

Doç. Dr. Caner TAŞATAN

**Editör Yardımcıları**

Öğr. Gör. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX  
Arş. Gör. Ahmet Burak ALGÜN  
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ  
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU  
Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN  
*İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
*İstanbul Üniversitesi*  
Prof. Dr. Talat CANBOLAT  
*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ  
*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Medeniyet Law Review**  
**Publisher**

*On behalf of Istanbul Medeniyet University*  
*Faculty of Law*  
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

**Responsible Manager**

Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

**Editör**

Assoc. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

**Editör Assistants**

Lect. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX  
Res. Asst. Ahmet Burak ALGÜN  
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ  
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU  
Res. Asst. Ebuzer ZENGİN

**Editorial Board**

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN  
*İstanbul Ticaret University Faculty of Law*  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
*Istanbul University*  
Prof. Dr. Talat CANBOLAT  
*Marmara University Faculty of Law*  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
*Ankara Sosyal Bilimler University*  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
*Selçuk University Faculty of Law*  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
*Ankara Hacı Bayram Veli University*  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ  
*Istanbul Medeniyet University Faculty of Law*

**Dil Editörleri***İngilizce*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

*Almanca*

Dr. Öğr. Üyesi Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

*Fransızca*

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Language Editors***English*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

*German*

Asst. Prof. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

*French*

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Yayımcının Adı**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Name of Publishing Company**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Basımcının Adı**

Renk Matbaası

**Printed by**

Renk Matbaası

**Yönetim Yeri**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Place of Management**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Yayın Türü**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

**Type of Publication**

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBİM TR Index Legal Database.

**ISSN: 2757-7082****Basım Tarihi: Eylül 2024**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

**E-mail:** hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>**DergiPark:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>

## Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNAY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAĞÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekerriya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

## YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
  - a. **Kitap atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
    - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
  - b. **Makale atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m.448-460)” **MÜHF-HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
    - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.



**c. Elektronik kaynakların atıflarında:****aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**

GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

**bb. Sonraki atıflarda:**

GÖZLER, s. 8.

**d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**

GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.

**e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

**f. Mahkeme kararı:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).**g. T.C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.



## EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the tittle of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
  - a. **For books:**
    - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
  - b. **For papers:**
    - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
  - c. **For web pages:**
    - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",  
[https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.

- bb. For following footnotes of the same work:**  
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**  
CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.  
CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**  
**aa. For the first footnote:**  
MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.  
Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
- bb. For following footnotes of the same work:**  
MILLER / OATS, s. 145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.



## DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.





## **DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

*Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.*

## **DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL**

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İM HFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

*Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.*



## SUNUŞ

TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, S. 2 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Osman Safa BURSALI'nın “*Osmanlı Hukukunda Konsolos: Eğriboz Örneği (1714-1815)*” başlıklı makalesi; Zeynep Nihan ÇAMURCU'nun “*Geçmişe Dönük Mükellefiyet Tesisi Hallerinde Kesilen Özel Usulsüzlük Cezalarının Hukuka Uygunluğu*” başlıklı makalesi; Elif ÇELİK'in “*Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve*” başlıklı makalesi; Muzaffer DÜLGER'in “*Negatif Adalet Kavramı*” başlıklı makalesi; Sinan SEÇKİN'in “*6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi*” başlıklı makalesi; Derya TEKİN'in “*Türk ve Kanada Hukukunda İradî Sarhoşluğun Ceza Sorumluluğuna Etkisi*” başlıklı makalesi; Ertuğrul ÜNAL'ın “*İsrarlı Takip Suçunda Yer Alan İsrar Kavramının Hukuki Niteliği ve Suç için Öngörülen Yaptırım Özelinde Tehdit Suçuyla İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme*” başlıklı makalesi; Osman AÇIKGÖZ'ün “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakkı Sözleşmesi ve Sözleşmeyle Elde Edilen Hakkın Hukuki Niteliği*” başlıklı makalesi; Melis AVŞAR'ın “*2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk*” başlıklı makalesi; Ahmet DÜLGER'in “*Yabancılık Unsuru Bulunan Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuk*” başlıklı makalesi; İbrahim Akan ÖZDEMİR'in “*Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Bakımından Ticarî Satış Kavramına Dair Düşünceler*” başlıklı makalesi; Olgu ÖZDEMİR ERTÜRK'ün “*Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler*” başlıklı makalesi; Efe Can YILDIRIR'ın “*Terekenin Tamamının veya Tereke Mallarının Bazılarının Üzerindeki Elbirliği Pay Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi*” başlıklı makalesi olmak üzere on üç özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz.

**Editörler Kurulu**



## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### MAKALELER / ARTICLES

#### Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

**Osmanlı Hukukunda Konsolos: Eğriboz Örneği (1714-1815)**

*Consul in Ottoman Law: The Case of Euboea (1714-1815)*

Osman Safa BURSALI..... 325

Araştırma Makalesi / Research Article

**Geçmişe Dönük Mükellefiyet Tesisi Hallerinde Kesilen Özel Usulsüzlük Cezalarının Hukuka Uygunluğu**

*Legality of Special Irregularity Penalties Imposed in Retroactive Liability Establishment Procedures*

Zeynep Nihan ÇAMURCU..... 367

Araştırma Makalesi / Research Article

**Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve**

*Current Questions and Issues in the Relationship between Surrogacy and Human Rights: A Global Framework*

Elif ÇELİK ..... 395

Araştırma Makalesi / Research Article

**Negatif Adalet Kavramı**

*The Concept of Negative Justice*

Muzaffer DÜLGER ..... 435

Araştırma Makalesi / Research Article

**6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi**

*Detection of Risky Structures within the Scope of Law No. 6306 and Administration's Authority to Use Force*

Sinan SEÇKİN..... 463

Araştırma Makalesi / Research Article

**Türk ve Kanada Hukukunda İradi Sarhoşluğun Ceza Sorumluluğuna Etkisi**

*The Effect of Voluntary Intoxication on Criminal Liability in the Turkish and Canadian Law*

Derya TEKİN ..... 513

Araştırma Makalesi / Research Article

**İsrarlı Takip Suçunda Yer Alan İsrar Kavramının Hukuki Niteliği ve Suç için Öngörülen Yaptırım Özelinde Tehdit Suçuyla İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme**

*An Evaluation on the Legal Nature of the Concept of Persistence in the Offense of Persistent Stalking and Comparative Analysis with the Offense of Threat in Terms of the Sanctions Foreseen for the Offense*

Ertuğrul ÜNAL..... 549

**Özel Hukuk / Private Law**

Araştırma Makalesi / Research Article

**Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakkı Sözleşmesi ve Sözleşmeyle Elde Edilen Hakkın Hukuki Niteliği**

*The Right of Way Agreement in the Electronic Communications Sector and the Legal Nature of the Right Acquired Through the Agreement*

Osman AÇIKGÖZ..... 573

Araştırma Makalesi / Research Article

**2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk**

*The Law Applicable to the Foreign Service Contract: In the Light of the Decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation dated 2023*

Melis AVŞAR ..... 599

Araştırma Makalesi / Research Article

**Yabancılık Unsuru Bulunan Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuk**

*The Applicable Law to the Agreements on Sharing-out of the Estate with Foreign Element*

Ahmet DÜLGER ..... 631

Araştırma Makalesi / Research Article

**Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Bakımından Ticarî Satış Kavramına Dair Düşünceler**

*Thoughts on the Concept of Commercial Sales in Terms of Turkish Commercial Code and Turkish Code of Obligations*

İbrahim Akan ÖZDEMİR ..... 671

Araştırma Makalesi / Research Article

**Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler**

*An Intermediate Category Formed by the Transformation of Labour Relations: Economically Dependent Workers and the Evaluation of Turkish Law on the Case of Italian Law*

Olgu ÖZDEMİR ERTÜRK ..... 689

Araştırma Makalesi / Research Article

**Terekenin Tamamının veya Tereke Mallarının Bazılarının Üzerindeki Elbirliği Pay Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi**

*The Conversion of Joint Ownership over the Entire Estate or Some of the Assets of the Estate into Co-ownership*

Efe Can YILDIRIR..... 741

# **Kamu Hukuku**

*Public Law*





# Osmanlı Hukukunda Konsolos: Eğriboz Örneği (1714-1815)<sup>(\*)</sup>

Consul in Ottoman Law: The Case of Euboea (1714-1815)

Osman Safa BURSALI<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Osmanlı Devletindeki konsolosluk hukukuna ilişkin ticari örfler ve konsolosu kabul eden devletlerin tanıdığı statü, meselenin hukuk doktrininde ele alınmasından tarihsel olarak önce gelmektedir. Bu nedenle konsolos gönderen veya kabul eden devletlerin düzenlemeleri ve uygulamaları önem taşımaktadır. Benzer bir kurum olan elçilik dünya tarihinde çok eski dönemlere dayanırken konsolosluk on sekizinci yüzyıldan büyük yaygınlık kazanmıştır. Konsolos uygulamasının hukuki altyapısının gelişmesi ve konsoloslara ilişkin hukuki değerlendirmelerin artışı ise Osmanlılarda on dokuzuncu yüzyılda görülmüştür. Dolayısıyla o döneme kadar konsoloslar hakkında Osmanlılarda ayrıntılı ve bütünlüklü hukuki görüşler pek görülmemiştir. Ahitnameler başta olmak üzere normlar ve bürokratik uygulamalar daha çok yer bulmuştur. Bu makalede, Osmanlı Devletindeki konsolos varlığı ve faaliyeti üzerindeki hukuki vurguyu artırmak amaçlanmaktadır. Makalede, Tanzimat öncesi Osmanlı devletler hukuku ve uygulamalarında konsolosun yerine değinilmiştir. Daha sonra, on beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadar Osmanlı Devletinde bulunan konsoloslar ve konsoloslara bağlı çalışanlar hakkındaki tarih literatürünün görünümü ele alınmış, aynı yüzyıllar içinde Osmanlı egemenliği altındaki Eğriboz'un siyasi ve sosyo-ekonomik durumu özetlenmiştir. Makalenin üçüncü kısmında, on sekizinci yüzyılda ve on dokuzuncu yüzyılın başlarında Eğriboz'da konsolos bulunduğuna işaret eden Osmanlı bürokratik yazışmaları tanıtılmıştır. Aynı kısımda, Eğriboz'daki konsolosların dava tarafı olarak bürokratik yazışmalarda zikredildiği bazı vakalar analiz edilmiştir.

## Anahtar Kelimeler:

Konsolos, Osmanlı Hukuku, Eğriboz, Türk Hukuk Tarihi, Ege Adaları.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.05.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.07.2024

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545352>

Bu makaleye atf için: BURSALI, Osman Safa, "Osmanlı Hukukunda Konsolos: Eğriboz Örneği (1714-1815)", *İMİHFD*, C. 9, S. 2, 2024, s. 325-365

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [osman.bursali@marmara.edu.tr](mailto:osman.bursali@marmara.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0556-9792>

**Abstract:**

The commercial customs regarding consular law in the Ottoman Empire and the status recognized by the states accepting the consuls shaped before legal scholars addressed the issue. For this reason, the regulations and practices of the states that send or receive consuls were significant. While the embassy, a similar institution, dates back to ancient times in world history, the consulate became widespread in the eighteenth century. The development of the legal infrastructure of the consul practice and the increase in legal evaluations regarding consuls existed in the Ottomans in the nineteenth century. Therefore, until that period, one could not confront detailed and complete legal opinions about consuls in the Ottoman Empire. Norms and bureaucratic practices, especially *ahitnames* (covenants), have found more space. In this article, I seek to increase the legal emphasis on the consul's presence and activity in the Ottoman Empire. First, I will handle the consul's place in pre-Tanzimat Ottoman law and practices. Then, I will discuss the historical literature on consuls and consular employees in the Ottoman Empire from the fifteenth century to the early nineteenth century and I will summarize the political and socio-economic situation of the island of Euboea under Ottoman rule in the same centuries. In the third part of the article, I will introduce Ottoman bureaucratic correspondence indicating the consul's presence in Euboea in the eighteenth and early nineteenth centuries. In the same part, I will analyze cases in which consuls cited in bureaucratic correspondence as litigants.

**Keywords:**

Consul, Ottoman Law, Euboea, Turkish Legal History, Aegean Islands.

**GİRİŞ**

Osmanlı Devletinde görev yapan konsoloslar ve konsolosa bağlı çalışanlar, Osmanlı siyasi ve sosyal tarihinin öteden beri gündeminde yer almıştır. Türkiye'de yürütülen ve Osmanlı arşiv kaynaklarını esas alan çalışmaların yoğunluğu burada önemli pay sahibidir. Fakat yabancı araştırmacıların, özellikle vatandaş oldukları devletlerin Osmanlı Devletinde bulunmuş konsolosları hakkında, Osmanlı arşiv kaynakları kadar kendi devletlerine ait bürokratik ve özel yazışmaları kullanarak literatüre katkı sağladıklarını vurgulamak gerekir. Şer'i hukukun yapılandığı dönemde İslam dünyasında konsoloslar yaygınlık kazanmamıştı. Dolayısıyla uluslararası diplomatik ve ticari örfler ile ahitnameler başta olmak üzere Osmanlı mevzuatının düzenleyici işlevi, konsoloslara dair usul ve esasların oluşmasında rol oynamıştır. Diğer bir deyişle, konsoloslar hakkındaki Osmanlı hukuk kuralları, devletlerarası ilişkilerin şer'i hükümleri üzerine temellenmiş ve giderek karmaşık bir sistem haline gelmiştir. Bunda, konsolosların ticari hayata dair ihtilafların içinde yetki veya rol sahibi olması da etkili sayılabilir. Anılan nedenlerle, Osmanlı topraklarındaki konsoloslar üzerine yapılan tarih araştırmalarındaki hukuki boyut önemlidir. Bu makale, Osmanlı Devletindeki konsolos varlığı ve faaliyeti üzerindeki hukuki vurguyu artırmayı amaçlamaktadır.

Makalenin ilk kısmında Tanzimat öncesi Osmanlı devletler hukuku ve uygulamalarında konsolosun yerine değinilmiştir. Bu meyanda darüislam ve darülharp kavramları vasıtasıyla ülke kavramı, elçilik kurumunun Osmanlı hukukundaki yeri ile konsolosların hukuki çerçevesi gösterilmiştir. Ardından on beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadar Osmanlı Devletinde bulunan konsoloslar ve konsoloslara bağlı çalışanlar hakkındaki tarih literatürünün görünümü ele alınmıştır. Daha sonraki kısımda aynı yüzyıllar içinde Osmanlı egemenliği altındaki Eğriboz'un siyasi ve sosyo-ekonomik durumu özetlenmiştir. Makalenin üçüncü ve asıl kısmında ise on sekizinci yüzyılda ve on dokuzuncu yüzyıl başlarında Eğriboz'daki konsolosların göreve başlamasına ilişkin berat talepleri analiz edilmiş, adadaki muhtelif devletlerin konsolosları yahut konsolos vekillerinin varlığını gösteren Osmanlı bürokratik yazışmaları konu edilmiştir. Yine aynı kısımda Eğriboz'daki konsolosların dava tarafı olarak bürokratik yazışmalarda zikredildiği bazı vakalar tanıtılmış ve analize tabi tutulmuştur. Makalede atıf yapılan her belgenin değil fakat daha ayrıntılı ele alınan yazışmaların bulunduğu belgelerin transkripsiyonları ekte sunulmuştur.

## I. KLASİK DÖNEM OSMANLI DEVLETLER HUKUKUNDA KONSOLoS

### A. İslam-Osmanlı Devletler Hukuku ve Konsolos

Şer'i hukukun "darüislam" ve "darülharp" ayrımının yerleşik olduğu Osmanlı hukukunda konsolos varlığını bu ayrım kapsamında düşünmek uygundur. Dünya üzerinde Müslümanların siyasi egemenliği altında şer'i hukukun uygulandığı ülke demek olan darüislam ile gayrimüslimlerin siyasi egemenliğinde olup şer'i hukukun uygulanmadığı ülkeler bulunmaktadır. Müslüman olsun olmasın, bir darüislam vatandaşı, darüislamdaki devletlere prensipte serbestçe seyahat edebilir, yerleşebilir, orada çalışabilirdi. Bunun mukabilinde bir darülharp vatandaşı da darüislamın tamamında *harbî* olarak nitelenirdi. Darüislamdaki bir devlet ile bir darülharptaki bir devlet arasında anlaşma yapılmışsa, anlaşmanın hükmünü yitirdiği tebliğ edilmeden savaş ilan edilmesi meşru değildi<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Şer'i hukuka göre devletlerarası ilişkiler hakkındaki temel bilgiler için bkz. TURNAGİL, Ahmet Reşit, **İslamiyet ve Milletler Hukuku**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1943; HADDURİ, Macid, **İslam Hukukunda Savaş ve Barış**, Ekin, İstanbul, 2018; EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, Arı Sanat, İstanbul, 2008, s. 301-304. Darüislam ve darülharp kavramlarının Osmanlı mevzuatına ve Eflak, Boğdan ve Erdel prenslikleri kapsamındaki hukuk uygulamasına yansımaları için bkz. PANAITE, Viorel, **The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Tribute Payers**, Columbia University Press, New York, 2000; aynı yazar, **The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Its Tribute-Payers from the North of the Danube**, 2. Basım, Brill, Leiden, 2019. Kitabın ilk

Osmanlı topraklarındaki konsolos varlığı, şer’i hukuktaki elçilik/sefirlik kurumuyla birlikte değerlendirilebilir. Zira darülislamdaki bir devletin başkanı darülharpteki devletlere elçi gönderebileceği gibi o devletlerin elçisini de kabul edebilirdi. Bu elçinin daimi statüde olması mümkündür ve o elçinin devleti artık darülharbin özel bir versiyonu olan “darüssulh” statüsünde değerlendirilir. Darüssulh esasında darüislamdaki bir devletle arasında anlaşma olan darülharpteki devlete tanınan statüdür<sup>2</sup>. Fakat darüislamdaki devlete daimi bir elçi tayin eden darülharp devleti de darüssulh kapsamına girer. Elçinin ve elçilik çalışanlarının can ve malları bakımından dokunulmazlıkları vardır. Darüislamdaki devlet başkanları tarihte geçici nitelikte elçi gönderse de daimi elçi gönderme alışkanlığına sahip değillerdi. Osmanlı Devleti hakkında da on sekizinci yüzyıla kadar bu uygulama geçerliydi. Buna mukabil darülharpteki devletlerin darüislamdaki devletlere gönderdikleri daimi elçilere rastlanmaktaydı. Osmanlı Devleti on sekizinci yüzyıl sonundan itibaren Avrupa başkentlerinde daimi elçi buldurmaya başlamıştır. Osmanlı Devleti öncesinde, Memluk Devletinde Venedik ve Fransa’nın konsolosları ile Anadolu beyliklerinde İtalyan şehir devletlerinin konsoloslarının bulunduğu literatürde zikredilmektedir<sup>3</sup>.

Konsoloslara dair hukuka ilişkin ticari örfler ve konsolosu kabul eden devletlerin tanıdığı statü, tarihsel olarak meselenin hukuk doktrininde ele alınmasından önce gelmektedir. Bu nedenle konsolos gönderen veya kabul eden devletlerin örf ve kanunları önem taşımaktadır. Elçilikten ayrı olarak dünyada on sekizinci yüzyılda yaygınlık kazanan konsolos uygulamasının hukuki altyapısının gelişmesi ve konsoloslara ilişkin hukuki değerlendirmelerde on dokuzuncu yüzyılda artış görülmüştür. Dolayısıyla konsolos özelinde on sekizinci yüzyılda Osmanlılarda

basımı hakkındaki bir değerlendirme için bkz. BURSALI, Osman Safa, “The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Tribute Payers (Viorel Panaite)”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 6, 2008, s. 117-125. Osmanlı Devletinin gayrimüslim devletlere verdiği ahitnameler üzerine Panaite ayrıntılı kavramsal analizler yapmıştır. Osmanlı hukukunda vatandaşlık ve yabancılık statüleri hakkındaki çalışmalar için bkz. OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, **Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi**, Legal, İstanbul, 2004; KONAN, Belkıs, **Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Statüsü**, Statü, Ankara, 2013; KARAKOÇ, İrem, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık - Yabancılık Statüsü**, Yetkin, İstanbul, 2012. Darüislamdaki ve darülharpteki devletler arasındaki antlaşmalar dahil olmak üzere uluslararası antlaşmaların gelişimi için bkz. KARAKOÇ, İrem, “Türk Hukuk Tarihi’nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2004, s. 199-254. Osmanlı Devletinde bulunan yabancıların ekonomik faaliyetleri hakkında bkz. ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, **Osmanlı Devletinde Yabancılar Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Turhan, Ankara, 2012.

<sup>2</sup> ÖZEL, Ahmet, “Darüssulh”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, C. 9, s. 5.

<sup>3</sup> İslam ve Osmanlı tarihinde elçi uygulaması için bkz. AKYILMAZ, Sevgi Gül, **Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı**, Tablet, İstanbul, 2000; EKİNCİ, s. 310-311; İPŞİRLİ, Mehmet, “Elçi”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1995, C. 11, s. 3-15. Osmanlı Devletinde bulunan Venedik elçi ve konsolosları hakkında bkz. ŞAKİROĞLU, Mahmut H., “Balyos”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, s. 43-47.

ayrıntılı ve bütünlüklü hukuki görüşlerden ziyade ahitnameler başta olmak üzere normlara ve daha çok bürokratik uygulamalara rastlanmaktadır.

Konsolosun her şeyden önce bulunduğu yerin idarecileri nezdinde bir ticari temsilci olduğunu söylemek gerekir. Diğer idari ve hukuki yetki ve sorumlulukları bu temsil boyutuyla ilişkilidir. Sıklıkla konsolos temsil ettiği devletin vatan-daşı olan tüccarın Osmanlı taşra idaresiyle olan ilişkilerinde rol oynamıştır. Yine, vatandaşlarının arasındaki ihtilafları çözmek, noter sıfatıyla ticari sözleşme ve işlemleri tescil etmek, memleketine seyahat etmek isteyenlerin işlemlerini yürütmek konsolosun işleri arasındaydı. Floransa, Venedik, Cenova, Dubrovnik, Fransa, Katalonya, İngiltere, İsveç, İspanya, İki Sicilya, Avusturya, Hollanda, Prusya, Danimarka, Rusya'nın da aralarında olduğu birçok devlet on dokuzuncu yüzyıla kadarki zaman diliminde, İran dahil bazı devletler de on dokuzuncu ve yirminci yüzyılda muhtelif Osmanlı şehirlerinde konsolos veya konsolos vekili bulundurmaya başlamıştır<sup>4</sup>.

Osmanlı Devletinde konsolos, elçi yardımcısı sıfatını haiz olabiliyordu. Onun hapse atılması, elçinin izni olmadan Osmanlı toprağından çıkarılması, merkezi idarenin bilgisi olmadan hakkında idari işlem tesis edilmesi meşru değildi. Bir şehirde veya limanda konsolosun yahut onun maiyetinde çalışacak tercümanın göreve başlayabilmesi için gönderen devletin tayin işlemi yapmasından başka, elçinin Osmanlı Devletinden konsolos ya da tercüman için berat talep etmesi ve padişah adına konsolosa veya tercümana berat verilmesi gerekirdi. Konsolos yahut tercümanı, vatandaşının işlediği bir suç nedeniyle mahkeme çıktığında yargılamaya şahitlik edebilirdi. Bir davanın taraflarında Osmanlı vatandaşı bulunmuyorsa konsolos kendi devletinin hukukuna göre ihtilafa bakabilirdi. Osmanlı Devletinde geçici olarak bulunan bir darülharp vatandaşı (müstemen) ardında mirasçı ve vasiyet bırakmadan vefat ettiğinde, malın taksiminde ölenin devletinin konsolosu yetkiliydi. Müstemenin evinde bir suç nedeniyle arama yapılacağı zaman konsolosa haber edilir ve onun görevlendirdiği kişinin arama esnasında hazır bulunması sağlanırdı. Konsolosta, elçide olduğu gibi, dilediği kişiyi tercüman sıfatıyla istihdam etme yetkisi mevcuttu. Konsolosun vatandaşı olduğu devletin bayrağını çeken gemiler, ancak konsolosun izniyle limanı terk edebilirdi. Bu gemiler vasıtasıyla yürütülen ticari faaliyetlerden konsolos yüzde ikilik konsolos hakkı almaya yetkiliydi<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., "Ahidname: Türk Tarihi", *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1988, C. 1, s. 536-540.

<sup>5</sup> Osmanlı Devletindeki konsoloslar hakkında giriş mahiyetinde bilgiler için bkz. KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., "Ahidname: Türk Tarihi"; SAVAŞ, Ali İbrahim, "Konsolos", *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara,

Osmanlı Devleti, özellikle on dokuzuncu yüzyılın başından itibaren Avrupa şehirlerinde “şehbender” adı verilen konsoloslar görevlendirmeye başlamıştır. Yüzyıl boyunca belli başlı dünya devletlerine şehbender tayini giderek yaygınlaşmıştır. Osmanlı Devletinin diğer devletlerdeki konsolosları anlamına gelen şehbenderler üzerine yapılan çalışmalar, gelişmekte olan ayrı bir literatür olarak değerlendirilebilir. On dokuzuncu yüzyıl başlarına kadarki süreç hakkında halihazırda ağırlıklı olarak genel nitelikli çalışmalar bulunduğundan bu konuda hususi çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır<sup>6</sup>.

## B. Tanzimat Öncesi Dönemde Osmanlı Devletindeki Konsoloslara Dair Doğrudan Çalışmalar

Osmanlı Devletinde on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadar görevli konsoloslar ve konsolos faaliyetleri hakkında yapılan tarih çalışmalarına geniş bir perspektiften bakıldığında, birkaç nokta gözetilerek ayırım yapılabilir. Fakat en başta, Osmanlı dönemi konsoloslarına ilişkin genel çalışmalar kapsamında Boogert’i anmak gerekir<sup>7</sup>. Kitabında on sekizinci yüzyıl konsoloslarını ve berat sahibi olarak konsolosa bağlı çalışanları odağına alan yazar, padişah ferman ve beratlarının oluşturduğu himaye sistemini tanıtmaktadır. Bu sistem içinde bulu-

2002, C. 26, s. 178-180. Osmanlı Devletinde ve Türkiye’de konsolosa ait hukuk hakkında bazı ayrıntılı çalışmalar için bkz. SALEM, E. R., “Hukuk-ı Beynelmilel: Türkiye’de Memurin-i Siyasiye ve Konsolosların Selahiyet-i Kazaiyeden Masuniyeti”, **Hukuki Bilgiler Mecmuası**, C. 1, S. 7, 1927, s. 371-378; BİLSEL, Mehmet Cemil, **Hukuku Düvel (II): Devletler Arasında Münasebat: Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1934; SEVİĞ, Vedat Raşit, “Konsolosluk Hukuku Vazifeleri”, **İdare Dergisi**, C. 36, S. 7, 1962, s. 185-187; KORTUNAY, Ayhan, “Milletlerarası Hukukta Diploması Temsilçileri ve Konsolosların Dokunulmazlık ve Bağışıklıkları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1996; AYBAY, Rona, **Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009; REÇBER, Kamuran, **Diploması ve Konsolosluk Hukuku**, Dora, Bursa, 2011; DEĞDAŞ, Ulaş Can, “Konsoloslukların Kuruluşu, Görev ve Yetkileri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018; GAHRAMANOVA, Aytaj, “Diploması ve Konsolosluk Hukukunda Yargı Bağışıklığı ve Türk Hukuku Uygulanması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2021.

<sup>6</sup> AKPINAR, Mahmut, “Osmanlı Devleti’nde Şehbenderlik Müessesesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2001; KILIÇ, Musa, “Osmanlı Devleti’nde Şehbenderlik Kurumu”, **Osmanlı Diploması Tarihi: Kurumları ve Tatbiki**, eds. YALÇINKAYA, Mehmet Alaaddin / KURTARAN, Uğur, Altınordu, Ankara, 2018, s. 95-115; DO PAÇO, David, “Une collaboration économique et sociale: Consuls et protecteurs des marchands ottomans à Vienne et à Trieste au XVIIIe siècle”, **Cahiers de la Méditerranée**, S. 98, 2019. Şehbenderler klasik şiire de yansıyan bir konu olmuştur, bkz. KIYÇAK, Özgür, “Klasik Türk Edebiyatında Şehbender”, **Turkish Studies: Language and Literature**, C. 14, S. 3, 2019, s. 1297-1318.

<sup>7</sup> BOOGERT, Maurits Hubrecht van den, “Consular Jurisdiction in the Ottoman Legal System in the Eighteenth Century”, **Oriente Moderno**, C. 83, S. 3, 2003, S. 613-634; aynı yazar, **The Capitulations and the Ottoman Legal System: Qadis, Consuls and Beraths in the 18th Century**, Brill, Leiden, 2005. Kitabın Türkçesi için bkz. aynı yazar, **Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi: 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Beratlılar**, çev. TUNCER, Ali Coşkun, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2014.

nan tercüman, hizmetkar vb. kişileri konsolosların faaliyetleri dahilinde ele alan Boogert, kitabında bazı miras taksimi, iflas ve hırsızlık vakalarını gözden geçirmektedir. Yazar her ne kadar İstanbul, İzmir ve Halep'teki Fransa, İngiltere ve Hollanda vatandaşı olan berat sahiplerini çalışmış olsa da beratlılara dair Osmanlı sistemini ortaya çıkarma amacını taşımaktadır. Konsolosların genel olarak ele alındığı daha mütevazı bir çalışma, Demiryürek'in konsolos ve konsolosa bağlı çalışanların Osmanlı topraklarında seyahat izinlerini konu alan makalesidir<sup>8</sup>.

Konsoloslara ilişkin defter ve belge neşri son yıllarda giderek artmaktadır<sup>9</sup>. Ancak bu konuda gerek Türkçe gerekse Avrupa dillerindeki arşiv malzemesinin toplulaştırılarak yayınlanmasına yönelik ihtiyaç halen devam etmektedir. Diğer yandan, Osmanlı Devletinde görev yapmış konsolosların biyografileri, görev yaptıkları dönem üstüne yapılan monografik incelemeler ve konsolosların kaleminden çıkmış eserlerin yayınlanmasına literatürde giderek daha fazla rastlanmaktadır<sup>10</sup>. Bu minvalde Fransa konsoloslarına yönelik ilgi daha yoğun görünmektedir.

<sup>8</sup> DEMİRYÜREK, Mehmet, "Yabancı Konsolos, Konsolos Tercümanı ve Tercüman Hizmetkarlarının Serbest Dolaşım Belgeleri: Beratlar ve Yol Emirleri (1600-1800)", *Kebikeç: İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi*, S. 30, 2010, 87-102.

<sup>9</sup> **Documents diplomatiques et consulaires relatifs à l'histoire du Liban et des pays du Proche-Orient du XVII siècle à nos jours**, ed. ISMAIL, Adel, Editions des Oeuvres Politiques et Historiques, Beyrut, 1982; KENANOĞLU, M. Macit / KENANOĞLU, Figen, "Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri: İtalyan Konsolosluğu Mahkemesi Tahrir Defterleri", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 7, 2009, s. 63-70; **Tercüman-ı Düvel Defteri: XVIII. Yüzyılda Osmanlı'da Yabancı Konsolosluk Tercümanları ve Hizmetkarları**, ed. POLATCI DEMİRKOL, Türkan, Berikan, Ankara, 2019.

<sup>10</sup> LEGRAND, Philippe-Ernest, "Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (I)", *Revue Archéologique*, S. 30, 1897, s. 41-66, 185-201, 385-404; aynı yazar, "Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (II)", *Revue Archéologique*, S. 31, 1897, s. 94-103, 185-223; LOWE, C. G., "Fauvel's First Trip through Greece", *Hesperia: The Journal of the American School of Classical Studies at Athens*, C. 5, S. 2, 1936, s. 206-224; BAKER, Thomas, **Piracy and Diplomacy in Seventeenth-Century North Africa: The Journal of Thomas Baker, English Consul in Tripoli (1677-1685)**, ed. PENNELL, C. R., Fairleigh Dickinson University Press, Rutherford, 1989; PICCIOTTO, Emilio, **The Consular History of the Picciotto Family**, 1998; ANDERSON, Sonia P., **An English Consul in Turkey: Paul Rycant at Smyrna (1667-1678)**, Oxford University Press, New York, 2001; WATENPAUGH, Heghnar Zeitlin, "A French Humanist in the Islamic City: The Chevalier d'Arvieux (1635-1702), Merchant and Consul in Aleppo", *Thresholds*, S. 27, 2003, s. 18-22; BARON DE TOTT, François, **La correspondance consulaire de crimee du Baron De Tott (1767-1770)**, The Isis Press, İstanbul, 2014; YILMAZ, Özgür, "Güney Karadeniz'de Yeni Fransız Politikası: Pascal Fourcade ve Sinop Konsolosluğu (1803-1809)", *Cahiers balkaniques*, S. 42, 2014; aynı yazar, "Trabzon'da Fransız Varlığının İlk Dönemleri: Pierre Jarôme Dupre'nin Trabzon Konsolosluğu (1803-1820)", *Karadeniz İncelemeleri Dergisi*, S. 21, 2016, s. 87-120; WATKINSON, Sarah, "The Stevens Family: Consuls in Malta and the Levant", *Journal of Maltese History*, C. 5, S. 2, 2018, s. 62-75; YILMAZ, Özgür, "Fransız Konsolosu Pierre Dupre'ye Göre 1806-1812 Osmanlı-Rus Savaşı'nda Rusların Akçaabat Saldırıları", **Dünden Bugüne Akçaabat Sempozyumu (12-14 Ekim 2018, Akçaabat)**, ed. ÜÇÜNCÜ, Kemal, Akçaabat Belediyesi, Trabzon, 2019, C. 1, s. 357-368; HAVUZ, Sümeyye, "Venedik Konsolosu Gio. Antonio Maria Morana'nın Halep'e Dair Gözlemleri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans

Osmanlı Devletinde on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadarki konsoloslara dair en sık rastlanan araştırmalar, Osmanlı topraklarında bulunan konsolosların siyasi ve sosyo-ekonomik hayattaki faaliyetlerini konu edinmektedir. Bu araştırma grubuna yakından bakıldığında, çalışmaların çok önemli bir kısmının belli bir devletin Osmanlı Devletinde belli bir şehirde veya bölgede bulunan konsoloslarına ve onlara bağlı çalışanlara ait olduğu göze çarpmaktadır. Bu kapsamda özel olarak ele alınan konsoloslardan İngiltere<sup>11</sup>, Fransa<sup>12</sup>, Rusya<sup>13</sup>, Hollanda<sup>14</sup>,

Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2020; GÖZÜBÜYÜK, Sevil, “Paris’ten Halep Konsolosluğuna Louis Gédoyen ve Günlüğü (1623-1624)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2022.

- 11 On dokuzuncu yüzyıl başına kadar Osmanlı Devletindeki İngiltere konsolosları hakkındaki bazı çalışmalar için bkz. AYYUB, Khalil Michael, “Muhammad Ali and the British Consuls”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **American University of Beirut**, 1942; PROUSIS, Theophilus Christopher, **British Consular Reports from the Ottoman Levant in an Age of Upheaval (1815-1830)**, The Isis Press, İstanbul, 2008; DEMİRÜREK, Mehmet, “XVIII. Yüzyılda İngiltere’nin Draç ve Tevabi’i (Arnavutluk) Konsolosluğu”, **Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi (II) (30 Mayıs - 6 Haziran 2010, Prizren)**, eds. CAN, A. Vecdi ve dğr., Sakarya Üniversitesi / Türk Bilim Araştırma Vakfı / Universiteti i Prishtinës / Yozgat Bozok Üniversitesi, 2010, C. 1, s. 73-84; ÖZKAPLAN YURDAKUL, Nurcan, **İngiltere Ortadoğu’ya Nasıl Girdi? Basra ve Bağdat’ta İngiliz Konsoloslukları**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018; DEMİRÜREK, Mehmet / YAZAR, Hakan, “Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Kıbrıs’ta İngiltere Konsolosluğu (1700-1800)”, **Belleten**, S. 290, 2017, s. 89-134; TÜRKHAN, Mehmet Sait, “Lazkiye Limanı’nda İngiliz Konsolosları ve Tüccarları (1700-1772)”, **Cihannüma: Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi**, C. 7, S. 2, 2021, s. 229-251; ELGADDARI, Sara, **Britain and the Regency of Tripoli: Consuls and Empire-Building in Nineteenth-Century North Africa**, I. B. Tauris, Londra, 2022.
- 12 Bu dönemde Fransa konsolosları hakkındaki bazı çalışmalar için bkz. “Un consul à Chio nommé par Duquesne”, **Bulletin de la Société de l’histoire du protestantisme français**, S. 85, 1936, s. 444; MICHAUD, Hélène, “La nomination d’un consul français a Alexandrie au XVIe siècle”, **Revue d’histoire moderne et contemporaine**, C. 7, S. 3, 1960, s. 233-242; POUMARÉDE, Géraud, “Naissance d’une institution royale: Les consuls de la nation française en Levant et en Barbarie aux XVIe et XVIIe siècles”, **Annuaire-Bulletin de la Société de l’histoire de France**, 2001, s. 65-128; BREWER, Mitra Jonah, “Gold, Frankincense, and Myrrh: French Consuls and Commercial Diplomacy in the Ottoman Levant (1660-1699)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Georgetown University**, 2002; FAIVRE D’ARCIER, Amaury, **Les oubliés de la liberté: Négociants, consuls et missionnaires français au Levant pendant la Révolution (1784-1798)**, Peter Lang, Brüksel, 2007; PANAITE, Viorel, “French Capitulations and Consular Jurisdiction in Egypt and Aleppo in the Late Sixteenth and Early Seventeenth Centuries”, **Well-Connected Domains: Towards an Entangled Ottoman History**, eds. FIRGES, Pascal W. ve dğr., Brill, Leiden, 2014, s. 71-87; MASSÉ, Alexandre, “French Consuls and Philhellenism in the 1820s: Official Positions and Personal Sentiments”, **Byzantine and Modern Greek Studies**, C. 41, S. 1, 2017, s. 103-118.
- 13 Mezkur dönemde Rusya konsolosları hakkındaki bazı çalışmalar için bkz. PARMAKSIZOĞLU, İsmet, “Rusya’nın Mikenos Adasında Konsolosluk Kurma Teşebbüsü ve Bununla İlgili Vesikalar”, **Belleten**, S. 161, 1977, s. 125-135; KÖSE, Osman, “Balkanlarda Rus Konsolosluklarının Kuruluşu ve Faaliyetleri”, **Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, C. 1, S. 2, 2006, s. 153-171; FRARY, Lucien J., “Russian Consuls and the Greek War of Independence (1821-31)”, **Mediterranean Historical Review**, C. 28, S. 1, 2013, s. 46-65; DEMİR, Uğur, “Kırım’da İlk Rus Konsolosluğunun Açılması, Faaliyetleri, Kapatılması ve Buna Dair Tartışmalar (1763-1766)”, **Crimean Historical Review**, S. 2, 2014, s. 39-49; DEMİRÜREK, Mehmet, “The Consulate of Russia in Cyprus in the Later 18th and Early 19th Century”, **Türk Tarih Kongresi (XVI) (20-24 Eylül 2010, Ankara)**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2015, C. 4/2, s. 715-726.
- 14 Aynı dönemde Hollanda konsolosları hakkındaki bazı çalışmalar için bkz. DEMİRÜREK, Mehmet, “XVII. Yüzyıl Sonlarında Hollanda’nın Draç ve Tevabi Konsolosluğu (1684-1700)”, **Büyük Türk Dili Kurultayı**



İki Sicilya<sup>15</sup> ve Venedik'in<sup>16</sup> Balkanlar, Anadolu, Suriye, Mısır, Irak, Kırım, Ege ve Akdeniz adaları ile Kuzey Afrika'daki konsolosları zikredilebilir.

Literatürde benzer ağırlıkta çalışılan iki konudan ilki, belli bir Avrupa devletinin on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadar genel olarak Osmanlı coğrafyasında konsolos bulundurmasıdır. Bu anlamda Venedik, İngiltere, İspanya, Cenova ve Fransa konsolosları araştırmacıların odağındadır<sup>17</sup>. Diğer konu ise belli bir Osmanlı şehrinde veya bölgesinde bulunan Avrupalı konsolosların faaliyetlerine toplu olarak odaklanmaktadır. Osmanlı taşrasının tarihine farklı bir boyut getiren bu çalışmalarda özellikle Halep ve Kıbrıs ilgi odağıyken, Cezayir şehri ve Suriye'ye yönelik çalışmalara da rastlanmaktadır<sup>18</sup>.

(VIII) (25-28 Eylül 2013, Tiran), eds. ATABEY, İbrahim / ÖZYÜREK, Rasim, Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2013, s. 194-202; HEINSEN-ROACH, Erica, **Consuls and Captives: Dutch-North African Diplomacy in the Early Modern Mediterranean**, University of Rochester Press, Rochester, 2019.

<sup>15</sup> Tanzimat öncesinde İki Sicilya konsolosları hakkındaki bir çalışma için bkz. DEMİRYÜREK, Mehmet, "XVIII. Yüzyılda İki Sicilya Krallığı'nın Arnavutluk Konsolosluğu", *Yeni Türkiye*, S. 69, 2015, s. 4884-4896.

<sup>16</sup> On dokuzuncu yüzyıl başına kadar Venedik konsolosları hakkındaki bazı çalışmalar için bkz. HORII, Yukata, "Venetian Consul and Residents in Egypt under Ottoman Conquest", *Quaderni di Studi Arabi*, C. 15, S. Supplement, 1997, s. 121-132; PIA PEDANI, Maria, "Venetian Consuls in Egypt and Syria in the Ottoman Age", *Mediterranean World*, S. 18, 2006, s. 7-21; HORII, Yukata, "Capitulations and Negotiations: The Role of the Venetian Consul in Early Ottoman Egypt", *Mediterranean World*, S. 19, 2008, s. 207-216; SIGNORI, Umberto, "Supplier pour le consulat: Entre défense des intérêts personnels et service fidèle des consuls vénitiens dans le Levant ottoman (1670-1703)", *Cahiers de la Méditerranée*, S. 98, 2019. Osmanlı öncesinde, Aydın ve Menteşe beylikleri ile Venedik ve Cenova arasındaki ilişkiler çerçevesinde konsolos faaliyetlerine odaklanan bir çalışma için bkz. FLEET, Kate, "Turkish-Latin Diplomatic Relations in the Fourteenth Century: The Case of the Consul", *Oriente Moderno*, C. 83, S. 3, 2003, s. 605-611.

<sup>17</sup> ŞİŞMAN, Aysin, "1702-1708 Tarihleri Arasında Türk-Fransız İlişkilerinde Konsolos Arzları ve Bunlara Ait Hükümler", *Belleten*, S. 237, 1999, s. 509-557; KOCABAŞOĞLU, Uygur, **Majestelerinin Konsolosları: İngiliz Belgeleriyle Osmanlı İmparatorluğu'ndaki İngiliz Konsoloslukları (1580-1900)**, İletişim, İstanbul, 2004; ŞİŞMAN, Aysin, "Osmanlı-Fransız İlişkileri (1740-1789): Konsolos Arzlarına Göre", Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2011; DEMİRYÜREK, Mehmet, **Ottoman Documents on the English in the Ottoman Empire (1700-1800): Consulates, Consuls and Travellers**, The Isis Press, İstanbul, 2017; KARABIYIK, Şule, "Osmanlı Devleti'nde Görev Yapan İspanyol Konsoloslar (1785-1912)", **Vakanüvis: Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 1, 2017, s. 119-138; PARLAZ, Selim, "Ceneviz Konsolos Mektuplarına Göre 1660-1680 Arasında Hollandalı Tüccarların Osmanlı Limanlarındaki Faaliyetleri", **Tarih İncelemeleri Dergisi**, C. 35, S. 2, 2020, s. 679-700; CHMIEL, Piotr, "Prehistory of Consular Diplomacy: A New Perspective on the Activity of 17th-Century Venetian Consuls in the Ottoman Empire", **The Seventeenth Century**, C. 37, S. 6, 2022, s. 1009-1029.

<sup>18</sup> STEENSGAARD, Niels, "Consuls and Nations in the Levant from 1570 to 1650", **Scandinavian Economic History Review**, C. 15, S. 1-2, 1967, s. 13-55; ERDOĞRU, Mehmet Akif, "Onsekizinci Yüzyıl Sonlarında Kıbrıs'ta Avrupalı Konsoloslar ve Tercümanları", **Kıbrıs Araştırmaları Kongresi (II) (24-27 Kasım 1997, Gazimağusa)**, eds. BOZKURT, İsmail / ATEŞİN, Hüseyin / KANSU, M., Doğu Akdeniz Üniversitesi, Gazimağusa, 1999, C. 2, s. 315-328; BAYRAKTAR, Hilmi, "XVIII. ve XIX. Yüzyıllarda Halep Eyaleti'nde Yabancı Devlet Konsolosluklarının 'Himayan' Suistimalleri", **Türk Dünyası Araştırmaları**, S. 124, 2000-2001, s. 187-195; ÖZKUL, Ali Efdal, "The Consuls and Their Activities in Cyprus under the Ottoman Administration (1571-1878)", **Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, C. 8, S. 2, 2013, s. 239-283; MOMDJIAN,

## II. OSMANLI HAKİMİYETİNDE EĞRİBOZ SANCAĞI'NIN SOSYO-EKONOMİK VE SİYASİ DURUMU

Yüzölçümü itibarıyla Akdeniz'in altıncı büyük adası olan Eğriboz<sup>19</sup>, bugün Yunanistan'ın gerek büyüklük gerekse nüfus bakımından ikinci büyük adasıdır. En dar yeri yalnızca kırk metrelik bir boğazla anakaradan ayrılan ada, antik dönemden beri anakaraya köprüyle bağlı bağlıdır. Eğriboz Bizans İmparatorluğunun bir parçası iken 880'lerde Abbasi deniz kuvvetleri tarafından muhasara altına alındı. On üçüncü yüzyılın başında Venedik'in idaresine geçen Eğriboz Adası'na yönelik ilk Türk seferleri, Aydınoğulları tarafından on dördüncü yüzyılın ilk yarısında icra edildi. 1463-79 Osmanlı-Venedik Savaşı esnasında Fatih Sultan Mehmet'in sevk ve idare ettiği Osmanlı ordusu, Eğriboz şehrini ve adayı ele geçirmeyi başardı<sup>20</sup>.

Şehirdeki Rumlar ve Katolikler büyük oranda savaş esnasında öldüğünden ve kalan Rumlar Osmanlı Devletinin sair yerlerinde iskan edildiğinden, ilk yıl-

---

Maran, "The Levantine Merchant Consuls of Aleppo: The Commercial Elites (1750-1850)", Yayınlanmamış Doktora Tezi, **University of California**, Los Angeles, 2017; CALAFAT, Guillaume, "A 'Nest of Pirates'? Consuls and Diplomatic Intermediaries in Algiers during the 1670s", **Studi e materiali di storia delle religioni**, C. 84, S. 2, 2018, s. 529-547.

<sup>19</sup> Eğriboz, Osmanlı kaynaklarında genellikle "Ağrıboz" şeklinde okumaya sevk eden bir imla ile yazılmıştır. Osmanlı kaynaklarında hem ada için hem de adanın en büyük yerleşimi için aynı isim kullanılmıştır. Bu ikisini ayırmak için "Cezire-i Eğriboz", "nefs-i / medine-i Eğriboz" tabirleri kullanılmıştır. Şehirden yönetilen sancağa da Eğriboz adı verilmiştir. Aynı lafız kullanma alışkanlığı Bizans kaynaklarında (*Évripos*) ve Venedik kaynaklarında (*Negropont* veya *Negroponte*) da görülmektedir. Bugün Yunancada antik dönemdeki isimler korunarak ada ile adanın bağlı olduğu bölgesel birim için *Évvoia*, şehir ile şehrin bağlı olduğu ilçe için *Halkida* kullanılmaktadır. Evliya Çelebi'ye göre her ne kadar resmi evrakta "Ağrıboz" yazsa da halk arasında şehre "Eğriboz" denmektedir, bkz. KIEL, Machiel, "Eğriboz", **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, C. 10, s. 491. Çağdaş Türkçede cari olan telaffuz anlaşıldığı kadarıyla tarihsel olarak devamlılık arz etmektedir. Bu makale boyunca "Eğriboz" telaffuzu korunacaktır.

<sup>20</sup> Osmanlı hakimiyetindeki Eğriboz Adası'nın siyasi, coğrafi, kültürel ve mimari anlamda genel özellikleri için bkz. ZIVAS, D., "The Turkish Fortress of Karababa", **Actes VIII. réunion scientifique: Les fortifications depuis l'antiquité jusqu'au Moyen-Age dans le monde méditerranéen (25-29 avril 1968, Athènes)**, Technikó Epimelitirio Elládas, Atina, 1970, s. 147-156; KIEL, "Eğriboz", s. 491-493; aynı yazar, "Little-Known Ottoman Gravestones from Some Provincial Centres in the Balkans: Eğriboz/Chalkis, Niğbolu/Nikopol and Rusçuk/Russe", **Comité International des Études Pré-Ottomanes et Ottomanes Symposium (September 28-30, 1991, Istanbul)**, eds. BACQUE-GRAMMONT, Jean-Louis / TİBET, Aksel, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, C. 1, s. 319-332; KONTOGIANNIS, Nikos D., "Euripos-Negroponte-Eğriboz: Material Culture and Historical Topography of Chalcis from Byzantium to the End of the Ottoman Rule", **Jahrbuch der Österreichischen Byzantinistik**, S. 62, 2012, s. 29-56; aynı yazar, "Chalcis: A Historical Overview", **Venetian and Ottoman Heritage in the Aegean: The Bailo House in Chalcis, Greece**, eds. KONTOGIANNIS, Nikos D. / SKARTSIS, Stefania S., Brepols, Turnhout, 2020, s. 21-30; MAMALOUKOS, Stavros, "The Fortifications of Chalcis (Evripos/Negroponte/Eğriboz), Greece", **Defensive Architecture of the Mediterranean (XI)**, eds. GARCÍA-PULIDO, Luis José / NAVARRO PALAZÓN, Julio, Editorial Universitat Politècnica de València, Valensiya, 2020, s. 631-638; KONTOGIANNIS, Nikos D. / SKARTSIS, Stefania S., "Reading Social Change on a Potter's Wheel: Chalcis (Euboea) from the Byzantine to the Modern Greek Era", **Byzantine and Modern Greek Studies**, C. 45, S. 2, 2021, s. 199-221; GHILARDI, Matthieu ve dğr., "Reconstructing the Fluvial History of the Lilas River (Euboea Island, Central West Aegean Sea) from the Mycenaean Times to the Ottoman Period", **Geosciences**, C. 12, S. 5, 2022, s. 204-231.

larda neredeyse tamamen Müslüman askerler ve idareciler ile onların ailelerinden oluşan bir Eğriboz şehrinden bahsedilebilmektedir. Osmanlılar burayı aynı adlı sancağın merkezi haline getirerek Atina dahil anakaranın adaya yakın birçok yerleşimini Eğriboz'a tâbi kılmışlardır<sup>21</sup>.

Stratejik olarak önemli bir noktada bulunan Eğriboz şehrinin on altıncı yüzyılda gerek Müslüman gerekse Hıristiyan nüfusu arttıysa da şehir bin haneye ulaşmayan bir yerleşim olarak kaldı. Bunda, şehrin su kaynaklarının zayıf olması önemli bir etkendi<sup>22</sup>. On yedinci yüzyılda şehre su getirilince nüfus birkaç katına yükseldi. Eğriboz Adası'nın toplumsal yapısı, Müslüman askeri ve sivil görevliler ile meslek sahibi halk, Yahudi şehirliler, Rum köylü ve şehirliler ile birkaç Venedik kökenli şehirli Katolik aileden müteşekkil hale geldi. Buna bir de sayıları fazla olmamakla birlikte ticari ve diplomatik maksatla Eğriboz'da bulunan yabancı devlet vatandaşları eklenebilir. Ada genelinde tarımsal faaliyetler yürütülürken, şehir Akdeniz ticari faaliyet ağının mütevazı bir parçasıydı. 1688'de Venedik kuşatması altında kalan adada Osmanlı hakimiyeti devam ederken şehrin kalesinde önemli tamirat yapıldı<sup>23</sup>. On sekizinci yüzyılda büyük bir askeri hareketliliğe şahit olmayan Eğriboz şehri<sup>24</sup>, on dokuzuncu yüzyıl başlarında Yunan İsyanı sıra-

<sup>21</sup> Evangelia Balta'nın Eğriboz üzerine yayınladığı çalışmaların odağını adanın on beşinci yüzyılda Osmanlı hakimiyetine geçişi oluşturmaktadır. Adanın bu yüzyılı hakkında Balta ve diğer yazarların çalışmaları için bkz. ATEŞ, Ahmet, "Ma'nevi ve Ağrıboz Fetih-namesi", **Fatih ve İstanbul: İstanbul Fethi Derneği Neşriyatından Yıllık Dergi**, C. 1, S. 3-6, 1953-1954, s. 281-313; BALTA, Evangelia, **L'Eubée à la fin du XVe siècle: Économie et population: Les registres de l'année 1474**, Etaireia Evvoikón Spoudón, Atina, 1989; aynı yazar, "15'inci Yüzyıl Sonlarında Ağrıboz Adası: Ekonomi ve Nüfus: 1474 Yılı'nın Osmanlı Kayıtları", **Tarih Araştırmaları Dergisi**, S. 26, 1990-1991, s. 297-301; aynı yazar, "Économie et espace rural en Eubeé aux XVe-XVIe s.: Du document fiscal à la construction d'un modèle", **Problemes et approches de l'histoire ottomane: Un itineraire scientifique de Kayseri à Eğriboz**, The Isis Press, İstanbul, 1997, s. 17-20; aynı yazar, "Karystia de l'Eubée (XVe-XVIIe siècles)", **Peuple et production: Pour une interprétation des sources ottomanes**, The Isis Press, İstanbul, 1999, 75-146.

<sup>22</sup> On altıncı yüzyıl Eğriboz Adası üzerine Balta'nın yukarıda atf yapılan eserlerine ilaveten diğer çalışmaları için bkz. "Rural and Urban Population in the Sancak of Euripos in the Early 16th Century", **Problemes et approches de l'histoire ottomane: Un itineraire scientifique de Kayseri à Eğriboz**: The Isis Press, İstanbul, 1997, s. 21-66; OĞUZ, Mustafa / BALTA, Evangelia, "Le Kanunname de l'Euripe (milieu du XVIe siècle)", **Osmanlı Araştırmaları**, S. 18, 1998, s. 9-45.

<sup>23</sup> KAYA, Ali İrfan, "Venediklilerin 1688 Ağrıboz Muhasarası ve Osmanlı Müdafaası", **ASOS Journal: The Journal of Academic Social Science**, S. 7, 2014, s. 352-360; KUL, Muhtittin, "Muhasara ve Deprem: Kal'a-i Ağrıboz Tamiratları (1688-1715)", **History Studies: International Journal of History**, C. 13, S. 1, 2021, s. 69-97. On yedinci yüzyıl sonlarında Eğriboz şehrinin durumu hakkında bkz. MAMA-LOUKOS, Stavros, "A Tale of Two Cities: Chalcis/Negroponte and Chios/Scio during Morosini's Campaign", **Morosini e Archeologia: Atti della Giornata di Studio 30 ottobre 2019**, ed. KORRÉ, Katerina B., Istituto Ellenico di Studi Bizantini e Postbizantini di Venezia, Venedik, 2021, 71-89.

<sup>24</sup> On sekizinci yüzyılda şehirde ve Eğriboz Sancağı'nda görev yapan Osmanlı idarecileri için bkz. İNBAŞI, Mehmet, "Eğriboz Sancağı İdarecileri (1756-1792)", **Cihannüma: Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi**, C. 6, S. 1, 2020, s. 59-78.

sında hareketlendiyse de Osmanlı idaresinde kaldı fakat bağımsız Yunanistan'ın kuruluşunun akabinde Osmanlı egemenliğinden ayrıldı<sup>25</sup>.

### III. HUKUKİ AÇIDAN EĞRİBOZ SANCAĞI'NDAKİ KONSOLOSLAR

Eğriboz Sancağı'nda görev yapmış olan konsolosların faaliyetlerine hukuki açıdan bakıldığında iki husus öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Eğriboz'da bir Avrupa devleti vatandaşı konsolosun veya onun vekilinin görev yapmakta olduğunu işaret eden Osmanlı bürokratik yazışmalarıdır. Diğer yandan, göreviyle doğrudan ilişkili olsun yahut olmasın, konsolosun bir dava tarafı olarak yazışmalara konu edildiğine rastlanmaktadır.

#### A. Konsolos veya Vekilin Varlığını Gösteren Hukuki Eylem ve İşlemler

Eğriboz'da bir konsolosun görev aldığını gösteren önemli bir gösterge, konsolosa berat verilmesi hakkındaki hukuki prosedürdür. Öte yandan konsolosların yahut vekillerin Eğriboz'da görev yapmakta olduğunu bildiren gerek Osmanlı idari makamlarına gerekse konsolos ve vekillere ait sair eylem ve işlemler de bulunmaktadır.

##### 1. Konsolosa Berat Verilmesine Yönelik Elçi Talepleri

Osmanlı başkentinde görev yapmakta olan elçiler, devlet başkanlarının tayin ettiği konsolosların göreve başlayabilmesi için bir berat düzenlenmesini arzuhal yoluyla sadrazamlığa iletirlerdi. Bu talebe binaen padişah adına düzenlenen belgede konsolosun görev yapacağı yer ile yetki ve sorumluluklar gösterilirdi. Kendilerine, çalışanlarına, sahip oldukları hayvanlara dokunulmayacağı beratta zikredilirdi<sup>26</sup>.

##### a. Değişen Fransa Konsolosuna Berat Verilmesi

Osmanlı padişahının on altıncı yüzyılda ahitname vermeye başladığı Fransa'nın vatandaşı olan konsoloslar, birçok Osmanlı şehir ve limanında görev yapmıştır<sup>27</sup>. Eğriboz'da selefinin yerine yeni bir Fransa konsolosunun göreve

<sup>25</sup> Avrupalıların gözünden on dokuzuncu yüzyıl başındaki Eğriboz hakkında bkz. ACKERMANN, Delphine / KNOEPFLER, Denis, "La région de Vathia/Amarynthos au miroir de ses premiers explorateurs: A propos d'une lettre inédite de P. Revelakis à L.-F.-S. Fauvel (1816)", *Antike Kunst*, S. 52, 2009, s. 124-163. Eğribozlu bir on dokuzuncu yüzyıl mutasavvıf ve şairi için bkz. CANSEVER, Sıddık, "Eğribozlu Mehmed Emin Sirri: Hayatı, Eserleri, Divanının Edisyon Kritik Metni ve Değerlendirmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2005.

<sup>26</sup> KÜTÜKOĞLU, "Ahidname: Türk Tarihi", s. 538. Genel bir bürokratik belge formu olarak berat hakkında bkz. aynı yazar, "Berat", *DİA*, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, s. 472-473.

<sup>27</sup> Fransa'ya on altıncı yüzyıldan itibaren bir dizi ahitname verildiği görülmektedir. Bir liste için bkz. ŞİŞMAN, "1702-1708 Tarihleri Arasında Türk-Fransız İlişkilerinde Konsolos Arzları ve Bunlara Ait Hükümler", s. 512-517.

başlayabilmesi için berat sahibi kılınması 1774'te Osmanlı bürokratik yazışmalarına konu olmuştur<sup>28</sup>. Fransa'nın İstanbul'daki elçisi François-Emmanuel Guignard<sup>29</sup> tarafından padişaha hitaben yazılan ve üstünde tarih bulunmayan arzuhalle birlikte bürokratik süreç başlamıştır. Arzuhale göre, Eğriboz İskeleyi'ne gelip giden Fransa vatandaşı tacirlerin işlerini görmek amacıyla orada konsolos sıfatıyla bulunan Yvrande de Finne<sup>30</sup> adlı asilzade görevini tamamlamıştır. Fransa Devleti tarafından yerine Mallier<sup>31</sup> adlı asilzade tayin edilmiştir. Fransa imparatorunun tayinini gösteren mühürlü mektuba sahip olan Mallier, Fransa ile Osmanlı Devleti arasında cari olan ahitname gereğince<sup>32</sup> ve daha önce de uygulanageldiği üzere ancak padişah beratıyla göreve başlayabilirdi. Elçi, berat hazırlanması için bir emir verilmesini yazısında talep etmektedir. Talebe binaen sadrazamlıkta Fransa konsolosunun berat kaydının bulunup görülmesi istenmiştir. Araştırma yapıldıktan sonra 1755 yılına ait bir kayıt derkenar edilmiştir. Kayıttaki eski emirde belirtildiğine göre dönemin Fransa elçisi<sup>33</sup> bir arzuhal kaleme almıştır ancak zaten padişah değişikliği nedeniyle tüm beratların yenilenmesi emredilmiş vaziyettedir. Önceki padişah I. Mahmut'tan aldığı beratla 9 Mayıs 1752'den beri Eğriboz'a ve oraya bağlı iskeleylere gelip giden Fransa vatandaşı tacirlerin işlerini görmek amacıyla Fransa asilzadelerinden Yvrande de Finne'nin beratının yenilenmesi, dönemin elçisi tarafından talep edilmiştir. Talebe binaen, ahitname gereğince ve öteden beri uygulanageldiği üzere beratın III. Osman döneminde yenilendiği merkezi bürokrasi tarafından böylece kayıt altına alınmıştır. Derkenarın ardından, Fransa ile Osmanlı Devleti arasındaki ahitnamedeki şartlar gereğince Mallier'ye berat verilmesi, I. Abdülhamit'in tahta geçtiği yılda, 19 Nisan 1774'te buyurulmuştur.

### ***b. Yeni Atanan Prusya Konsolosuna Berat Verilmesi***

Prusya maslahatgüzarı Christian Friedrich von Gaffron<sup>34</sup>, Prusya Hükümeti tarafından Eğriboz'a tayin edilen konsolosun göreve başlayabilmesi için on seki-

<sup>28</sup> BOA, AE.SABHI, 71-4912. Belgenin transkripsiyonu için Ek-4'e bakınız.

<sup>29</sup> Saint-Priest Kontu François-Emmanuel Guignard (ö. 1821), kısa bir ara hariç 1768-84 arasında Fransa'nın İstanbul'daki elçisiydi.

<sup>30</sup> Belgede "Yuran dö Fin" biçiminde okumaya sevk eden ismin tahmini orijinali.

<sup>31</sup> Belgede "Malye" biçiminde okumaya sevk eden ismin tahmini orijinali.

<sup>32</sup> Fransa'ya verilen, döneme en yakın tarihteki ahitnamede Osmanlı Devletinde konsoloslar bulundurulması, onların dokunulmazlığı, örfi vergilerden muafiyetleri, tercüman ve diğer görevlileri seçebilmesi hususları yer almaktadır. Bu konuda bkz. ŞİŞMAN, "Osmanlı-Fransız İlişkileri (1740-1789): Konsolos Arzlarına Göre", s. 93.

<sup>33</sup> Vergennes Kontu Charles Gravier (ö. 1787), 1755-68 yılları arasında Fransa'nın İstanbul'daki elçisiydi.

<sup>34</sup> Christian Friedrich von Gaffron (ö. 1807), 1776-84 arasında Prusya'nın İstanbul'daki elçisiydi.

zinci yüzyıl sonlarında bir arzuhal kaleme almıştır<sup>35</sup>. Üstünde tarih bulunmayan fakat III. Selim'in padişahlığı dönemine rastlayan bu talepte maslahatgüzar, öncelikle 1761'de Prusya Devletine verilen ahitnamedeki ilgili maddeyi hatırlatmaktadır<sup>36</sup>. Onun zikrettiği husus, diğer Avrupa devletlerine tanınan tayin yetkisini vurgulamaktadır. Buna göre, Osmanlı Devletinde iskele, liman ve adalarda dost devletlerin konsolos, konsolos vekili ve tercümanları varsa Prusya'nın da aynı şekilde konsolos, konsolos vekili ve tercüman tayin etmek, azletmek veya değiştirmek yetkisi mevcuttur. Konsoloslar, konsolos vekilleri, tercümanlar, Osmanlı Devletine gelip giden Prusya vatandaşı tüccar ve bu zümrelerden olan diğer kişiler Osmanlı Devletine dost devletlerin vatandaşları gibi muafiyet sahibidirler. Gerek Eğriboz İskeleyi'ne gerekse Eğriboz Sancağı'ndaki diğer iskelelere Prusya bayrağı çekmiş vaziyette gelip giden gemilerdeki tüccar ve vatandaşın işlerini görmek için Prusya Devleti tarafından tayin edilen Louis Hilmer'e<sup>37</sup> işte bu ahitname maddesi gereğince ve daha önce de verilegeldiği üzere<sup>38</sup> berat verilmesi hakkında ferman buyurulması maslahatgüzar tarafından istirham edilmektedir.

Maslahatgüzarın talebi üzerine ahitnamenin kaydının görülmesi emredilmiştir. Yapılan araştırmada Prusya Devletine verilen ahitnamede maslahatgüzarın bahsettiği maddenin yazılı olduğu teyit edilmiştir. Fakat bir maslahatgüzarın talebine binaen konsolos beratı verilmesine dair eski tarihli bir emir örneğinin görülmesi gerekmektedir. Sadrazamlıkta yapılan tetkikin ardından, Prusya'ya verilen ahitnamede geçtiği üzere, Osmanlı Devletine dost bir devletin konsolosuna berat verilmesini konu alan bir emir bulunmuştur. Bu minvalde, İsveç Devleti maslahatgüzarının<sup>39</sup> talebi üzerine 1780 yılında bir berat verilmesine dair kayıt belgede alıntılanmıştır. Kayıтта, İsveç maslahatgüzarının gönderdiği arzuhalden bahsedilmektedir. Maslahatgüzar, Eğriboz Sancağı'na bağlı Atina İskeleyi ile Eğriboz İskeleyi'nde İsveç bayrağı altında gelip giden tüccar ve gemi kaptanlarının işlerinin görülmesi maksadıyla İsveç Devletince tayin edilen konsolosun berat sahibi kılınarak göreve başlayabilmesini talep etmektedir. Kaydın devamında İsveç Devletine verilen ahitname-

<sup>35</sup> BOA, C.HR., 111-5548. Belgenin transkripsiyonu için Ek-5'e bakınız.

<sup>36</sup> Osmanlı Devleti ile Prusya Devleti arasındaki 1761 Dostluk ve Ticaret Sözleşmesi ve uygulaması üzerine bir çalışma için bkz. YILMAZ, Tugay, "1760-1849 Tarihli Prusya Ahidname Defterine Göre Osmanlı-Prusya İlişkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018.

<sup>37</sup> Belgede "Lüviz Hilmer" biçiminde okutmak üzere hareketlenmiş ismin tahmini orijinali.

<sup>38</sup> Benzer belgelerde geçtiği gibi "ahitname-i hümayun şüruhu muccebince ve olageldiği üzere" ibaresi hukuken (i) devletlerarası sözleşme ve (ii) Osmanlı idari geleneği/örfü gereğince konsolosa berat verilmesini ifade etmektedir. Diğer yandan, Osmanlı Devletinde şer'i hukukun cari olması hasebiyle temelde şer'an bir hukuki meşruiyet dayanağı mevcuttur fakat mezkur belgelerde o hususa ayrıca atıf yapılmamıştır.

<sup>39</sup> Gerhard Johan Balthasar von Heidenstam (ö. 1803), 1779-83 yılları arasında İsveç'in İstanbul'daki maslahatgüzarıydı.

nin gözden geçirildiği, İsveç elçilerinin Osmanlı Devletinde uygun yerlere konsolos tayin ve azletmesine kimsenin engel olmaması gerektiğine dair bir madde görüldüğü beyan edilmektedir. İsveç konsoloslarına ahitname gereğince ve daha önce de yapılageldiği üzere berat hazırlanması için hüküm verildiği bu kayıt üzerinden teyit edilmiştir. Kayıt, Prusya Devletinin Eğriboz'a tayin ettiği konsolosa berat verilmesi için örnek teşkil etmiş, 1782'de beratın hazırlanması için bir emir verilmiştir.

### *c. Yeni Atanan Rusya Konsolosuna Berat Verilmesi*

On dokuzuncu yüzyılın başlarında Eğriboz Sancağı'nda Rusya'nın konsolos tayin etmesi ve konsolosun göreve başlaması Osmanlı bürokratik yazışmalarına konu olmuştur<sup>40</sup>. Rusya elçisi Andrey Yakovleviç İtalinskiy<sup>41</sup>, üstünde tarih bulunmayan fakat 1802-04 arasında yazılmış olması pek muhtemel bir arzuhal kaleme alarak Atina İskelesi'ne ve Eğriboz Adası'na gelip giden Rusya vatan-daşı tüccar, kaptan ve benzeri kişilerin işlerinin görülmesi amacıyla konsolos tayin edilmesi gerektiğini bildirmektedir. İhtiyaca binaen Rusya tarafından bir asilzade<sup>42</sup> Eğriboz'a atanmış olup Rusya'ya verilen ahitname gereğince konsolosa berat verilmesi hakkında bir emir çıkarılmasını elçi talep etmiştir.

Talep üzerine, Rusya'nın Eğriboz'da görevlendirdiği bir konsolosa dair kaydın derkenar olunması emredilmiştir. Yapılan araştırmada, 1786 yılına ait bir kayda rastlanmıştır. Kayda göre, dönemin Rusya elçisi<sup>43</sup> bir arzuhal yazmış ve ticari maksatla Eğriboz İskelesi'ne gelip giden tüccar gemilerinin işleri için Eğriboz'a konsolos tayin edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Rusya vatandaşı bir kaptan<sup>44</sup> konsolos tayin edilince kendisine berat teslim edilmesi elçi tarafından istirham edilmiştir. Rusya'ya verilen ahitnamedeki madde gereğince, Fransa ve İngiltere devletlerinin konsoloslarına berat verildiği gibi ona da berat verilmesi uygun bulunmuştur<sup>45</sup>.

Diğer taraftan, 1800 yılında Atina kadısına yazılan bir hüküm aynı belgede alıntılanmıştır. Buna göre, Rusya'nın İstanbul'daki elçisi Vasiliy Tomara<sup>46</sup> bir

<sup>40</sup> BOA, C.HR., 26-1281. Belgenin transkripsiyonu için Ek-6'ya bakınız.

<sup>41</sup> Andrey Yakovleviç İtalinskiy (ö. 1827), 1802-06 arasında Rusya'nın İstanbul'daki elçisiydi.

<sup>42</sup> Belgede "İnenz di Foljiv Fasfomiv" gibi okunabilecek isimdeki kişi.

<sup>43</sup> Yakov İvanoviç Bulgakov (ö. 1809), 1781-87 arasında Rusya'nın İstanbul'daki elçisi olarak görevliydi.

<sup>44</sup> Belgede "Panayoti Fervane" gibi okunabilecek isimdeki kişi.

<sup>45</sup> Ahitnmeden kastedilen, 1774'te akdedilen Küçük Kaynarca Antlaşması'dır. Önceki birçok ahitnmeden farklı olarak, konsoloslara ilişkin hükümler bir savaş sonrası antlaşmada yer almaktadır. Bu antlaşmadan sonraki süreçte Osmanlı Devletinde Rusya konsolosları görev yapmaya başlamışlardır. Bu konuda bkz. PARMAKSIZOĞLU, s. 125-126.

<sup>46</sup> Vasiliy Stepanoviç Tomara (ö. 1819), 1798-1802 arasında Rusya'nın İstanbul'daki elçisiydi.

arzuhal yazmıştır. Arzuhalde elçi, Rusya'nın Osmanlı Devletinde konsolos ve konsolos vekili tayin edebilmesi ve onlara diğer dost devletlerinki gibi muamele edilmesi hakkında Rusya'ya verilen ahitnamede geçen hususu zikretmektedir<sup>47</sup>. Ahitnamenin verdiği ruhsata binaen Atina şehrine gelip giden Rusya vatandaşı tüccar ile tüccarın hizmetinde olan kişilerin işlerini görmek üzere bir konsolos tayin edilene kadar onun yerine aynı yerde bir konsolos vekili tayin edilmesi gerekmiştir. Bir müstemem<sup>48</sup> bu göreve tayin edilmiştir. Onun ahitname gereğince Atina'ya gelip giden Rusya vatandaşı tüccar ve tüccara bağlı çalışanların işlerini görmesine ve konsolos vekili olarak hizmet vermesine kimsenin müdahil olmaması ve himaye görmesi hakkında bir ferman çıkarılması elçinin talebidir. Bu talebe binaen ferman yazılmıştır. Belgeye göre, zikredilen kayıtlar da gözetilerek, Atina İskelesi'nde ve Eğriboz Adası'nda görev yapmak üzere tayin edilen Rusya konsolosuna berat verilmesi 1804'te buyurulmuştur.

## 2. Konsolos veya Konsolos Vekilinin Varlığına Dair Diğer Bazı Hukuki Eylem ve İşlemler

### a. Venedik Konsolosunun Tutuklanması

8 Aralık 1714 tarihli bir hükümdede, Osmanlı padişahlarının ahitname verdiği ilk devletlerden olan Venedik'te bulunan Osmanlı vatandaşı tüccar memleketine dönene kadar Venedik balyos ve konsoloslarının buldukları yerden hemen çıkarılmayıp tevkif edilmesi hakkında bir emir verilmiştir<sup>49</sup>. Bu emrin bir kopyasının gönderileceği kişiler arasında Eğriboz Sancağı mutasarrıfı Mustafa Paşa sayılmıştır. Paşa'nın Eğriboz'daki Venedik konsolosunu tevkif etmesine dair kısa bir hususi not da düşünülmüştür<sup>50</sup>.

### b. Fransa Konsolosunun Malta Vatandaşını Koruması

1731 yılına tarihlenen bir belgede, Fransa'nın İstanbul'daki elçisi Louis Sauveur'ün<sup>51</sup> talebi dolayısıyla Eğriboz Sancağı'ndaki Fransa konsolosundan bahsedilmektedir<sup>52</sup>. Elçi, Fransa konsolosları hakkındaki ahitname hükümlerine

<sup>47</sup> Rusya'ya on sekizinci yüzyılda tanınan imtiyazlar hakkında bkz. KUZUCU, Serhat, "Rusya Ahidname Defterine Göre XVIII. Yüzyılda Osmanlı-Rus Ticari İlişkilerinin Seyri", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, S. 59, 2016, s. 63-84.

<sup>48</sup> Belgede "Bartolomav Yatkani" gibi okunabilecek isimdeki kişi.

<sup>49</sup> BOA, A.DVN.MHM.d, 120-1077.

<sup>50</sup> "Bir sureti Eğriboz Sancağı mutasarrıfı Mustafa Paşa'ya: Eğriboz'da Venedik konsolosu tevkifi için".

<sup>51</sup> Villeneuve Markizi Louis Sauveur (ö. 1745), 1728-41 arasında Fransa'nın İstanbul'daki elçisi olarak görev yapmıştır.

<sup>52</sup> BOA, İE.HR., 17-1582.



işaret ederek arzuhaline başlamaktadır<sup>53</sup>: Buna göre, İstanbul'da elçileri, konsoloları ve kethüdarları bulunmayan darülharp vatandaşları Fransa bayrağıyla geldiklerinde, kendi işleriyle meşgul oldukları ve barış haline yakışmayan bir harekette bulunmadıkları müddetçe, Osmanlı Devletindeki Fransa vatandaşları gibi vergi ve resimlerini verecek ve kendilerine müdahale edilmeyecektir. Bir Maltalı tacir de Fransa bayrağı çekmiş vaziyette ve Fransa konsolosunun bilgisi dahilinde ticaret maksadıyla Osmanlı Devletinde faaliyet göstermektedir. Bu tacir Eğriboz şehrinin çarşısında dolaşırken yolda bazıları onu Maltalı diye alıkoyp Malta'da esir olan Halil Kaptan'la mübadele etmek üzere bekletmektedir. Elçi, böylesine bir hareketin ahitnameye aykırı olduğunu, durumu bu arzuhal vasıtasıyla dönemin padişahı I. Mahmut'a iletmek istediğini ve Maltalı tacirin salıverilmesine dair bir emrin Kaptanpaşa'ya verilmesini talep ettiğini bildirmektedir<sup>54</sup>.

### c. İsveç Konsolosunun Tercümanının Faaliyetleri

Osmanlı padişahının 1737'de ahitname verdiği İsveç Devletinin Eğriboz Sancağı'nda konsolos bulundurduğunu gösteren bazı bürokratik yazışmalara on sekizinci yüzyılın sonlarında rastlanmaktadır. Bunlardan biri, Atina ve Eğriboz'da ikamet etmekte olan İsveç konsolosunun yanına tayin edilen tercüman için I. Abdülhamit'in döneminde hazırlanan berattır (1781)<sup>55</sup>. Aynı padişah döneminde kaleme alınan bir başka belge ise İsveç maslahatgüzaranın yazdığı takriri içermektedir (1782)<sup>56</sup>. Takrirden, yukarıda zikredilen yerleşim yerlerinde ikamet eden İsveç konsolosunun tercümanının gönderdiği eşyanın da içinde bulunduğu kervan mallarını yağma eden kişiden borcun tazmin edilmesi talep edilmektedir. Yine yüzyılın sonlarına ait (1792) bir belge de Eğriboz ve Atina

<sup>53</sup> Bu belgeye en yakın tarihlili ahitname 1673 tarihini taşımaktadır, bkz. ŞİŞMAN, "1702-1708 Tarihleri Arasında Türk-Fransız İlişkilerinde Konsolos Arzları ve Bunlara Ait Hükümler", s. 550-557.

<sup>54</sup> Eğriboz Sancağı'nda on dokuzuncu yüzyıl başlarında Fransa konsolosu bulunduğu dair bir belgeye daha rastlanmaktadır. Belgede Eğriboz Sancağı'na tâbi Atina Kazası'nda bulunan Fransa konsolosu isimsiz olarak zikredilmektedir. Louis-François-Sébastien Fauvel'in Eğriboz Sancağı'na bağlı Atina Kazası'nda görev yaptığı esnada (1815), Osmanlı Devletinde görev yapan Fransa konsoloslarının bulunduğu resmi binalarda üç renkli bayrak ve nişanın bulundurulmaması hakkındaki II. Mahmut'a ait fermana uygun hareket edileceğine dair Eğriboz Muhafızı Sabık Nurullah Paşa'dan bir yazı İstanbul'a hitaben yazılmıştır, bkz. BOA, **HAT.**, 1188-46781. Yunanistan'da "arkeolojinin babası" diye anılan Fauvel (ö. 1838), 1793'te Atina'ya yerleşmeden önce de Osmanlı Devletinin bugün Yunanistan'a ait bölgesinde bulunmuştur. 1803'te konsolos yardımcısı unvanıyla görev yapmaya başlamış, Yunan İsyanı akabinde gittiği İzmir'de ölmüştür. Fauvel hakkında bkz. ACKERMANN / KNOEPFLER, s. 124-163; LEGRAND, "Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (I)."; aynı yazar, "Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (II)."; LOWE, s. 206-224.

<sup>55</sup> BOA, **MFB.**, 378.

<sup>56</sup> BOA, **C.HR.**, 167-8305.

iskelelerinde ikamet eden konsolos tercümanının beratının yenilenmesine ilişkindir<sup>57</sup>. Zira bu arada I. Abdülhamit vefat etmiş ve yerine III. Selim padişah olmuştur.

#### ***d. Prusya Konsolosunun Tercümanına Berat Verilmesi ve Hizmetkarlara Muafiyet Tanınması***

Prusya Devletinin Eğriboz'da ve Eğriboz'a bağlı iskelelerde görev yapan konsolosundan bahsedilen bürokratik yazışmalar arasında konsolosa bağlı çalışanların konu edildiği bazı örnekler dikkat çekmektedir. 1782 ve 1797'de konsolos tercümanının hizmetinde bulunan iki kişinin muafiyet emri<sup>58</sup>, 1797'de yukarıda zikredilen iskelelerde görevli konsolos tercümanının ölümünden sonra tayin edilen tercümanın beratının teslim edilmesi<sup>59</sup>, I. Abdülhamit'ten sonra III. Selim'in padişah olması nedeniyle konsolos tercümanının beratının yenilenmesi (1797)<sup>60</sup>, 1807'de konsolos tercümanı ile hizmetkarlarına yol hükmü verilmesi<sup>61</sup> bu belgelerin konularını oluşturmaktadır.

#### ***e. Danimarka Konsolosu Hakkında***

1762 yılına ait bir yazışma, Danimarka Devletinin Eğriboz'a tayin ettiği konsolosu ilgilendirmektedir<sup>62</sup>. Konsolosun alacak hakkına ilişkin bu belge, müteakip kısımda ele alınacaktır.

#### ***f. İspanya Konsolos Tercümanına Berat Verilmesi***

Osmanlı Devletinin 1782'de ahitname verdiği İspanya'nın Eğriboz Sancağı'nda bir konsolos vekili görevlendirdiğine ilişkin bilgi içeren aynı tarihli belge, Eğriboz'a tâbi Atina İskelesi'ndeki konsolosa bağlı bir tercümanın tayin edildiğini ve I. Abdülhamit adına bir berat hazırlandığını göstermektedir<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> BOA, **AE.SSLM.III**, 173-10379.

<sup>58</sup> BOA, **C.HR.**, 112-5566 ve BOA, **C.HR.**, 114-5689.

<sup>59</sup> BOA, **C.HR.**, 24-1161.

<sup>60</sup> BOA, **C.HR.**, 69-3443.

<sup>61</sup> BOA, **AE.SSLM.III**, 287-16724. "Yol hükmü" tabiri, on dokuzuncu yüzyılda yerini "mürur tezkiresi" tabirine bırakmıştır.

<sup>62</sup> BOA, **AE.SMST.III**, 295-23596.

<sup>63</sup> BOA, **C.HR.**, 5-214 ve BOA, **MFB.**, 800. Konsolos hakkında düzenlemeler de içeren, İspanya'ya 1782'de verilen ahitnamedeki maddeler için bkz. KARABIYIK, s. 128-129.

### ***g. İki Sicilya Konsolosunun Tercüman ve Hizmetkarlarına Berat Verilmesi ve Muafiyet Tanınması***

Osmanlı Devletinin 1740'ta ahitname verdiği İki Sicilya Krallığının Eğriboz İskelesi'nde bir konsolos vekilinin görev yaptığını ifade eden birçok belgeye rastlanmaktadır. Bunlar arasında konsolosun yanına bir tercümanın tayin edilmesi (1783)<sup>64</sup>, 1790'da konsolosun hizmetkarlarının ve 1793'te tercümanın Osmanlı topraklarında yapacağı yolculuğun engellenmemesi<sup>65</sup>, konsolosa bağlı çalışanların haraç ve cizye gibi mükellefiyetleri yerine getirmelerinin kendilerinden istenmemesi (1792)<sup>66</sup>, konsolos tercümanının değiştirilmesi (1807)<sup>67</sup> konuları yer almaktadır.

## **B. Dava Tarafı Olarak Konsolos**

Konsolosların bir dava tarafı olarak Osmanlı bürokratik yazışmalarında görünmesinin hukuki anlamda iki boyutundan bahsedilebilir. Bir yandan uyumsuzluğun konusu bakımından vakalar önem taşımaktadır. Bu yönüyle temelde Osmanlı hukukunda müstemenin hukuki statüsü ile hak ve sorumlulukları gündeme gelmektedir. Diğer yandan, konsolosların ahitnameler ekseninde oluşan hukuki konularını dikkate almak gerekir. Özellikle mahkeme safahatı açısından ahitnamelerin usul hukukundaki değeri vurgulanmalıdır. Makalenin bu kısmında öncelikle Fransa'nın Eğriboz şehri konsolosunun borcu, daha sonra ismi açıkça zikredilmeyen devletlerin Eğriboz ile Atina'daki konsoloslarının alacakları ve son olarak Danimarka'nın Eğriboz şehrindeki konsolosunun maruz kaldığı haksız fiiller konu edilecektir.

### **1. Fransa Konsolosunun Borcu**

Eğriboz şehrinin kadı naibi Külahizade Mesut, 1762 yılında bir arzuhal kalemeye alır<sup>68</sup>. Arzuhalde, Eğriboz şehrinde oturan Rafael ve kız kardeşleri Maria ile Marica adlı Yahudilerin<sup>69</sup> mahkemeye gelip beyanda buldukları yazılıdır. Beyana göre kardeşlerin babaları Yesaya<sup>70</sup>, Fransa'nın Eğriboz şehrindeki kon-

<sup>64</sup> BOA, **AE.SABH.I**, 20-1725 ve BOA, **MFB.**, 1322.

<sup>65</sup> BOA, **AE.SSLM.III**, 97-5823 ve BOA, **AE.SSLM.III**, 349-20082.

<sup>66</sup> BOA, **AE.SSLM.III**, 155-9271.

<sup>67</sup> BOA, **AE.SSLM.III**, 34-1918.

<sup>68</sup> BOA, **C.HR.**, 91-4519. Belgenin transkripsiyonu için Ek-2'ye bakınız.

<sup>69</sup> Belgede sırasıyla "Refail", "Merye" ve "Merice" biçiminde okumaya sevk eden isimlerin tahmini orijinaleri.

<sup>70</sup> Belgede "Yes'aye" biçiminde okumaya sevk eden ismin tahmini orijinali.

solosu Mossi de Laffin'e<sup>71</sup> on yıl kadar hizmet etmiş fakat ücretini alamadan vefat etmiştir. Kardeşler bu ücreti konsolostan talep ettiklerinde konsolos onlara konusu dört bin akçeden fazla olan bir davayı ahitname gereğince İstanbul'da açabileceklerini söylemiş ve Eğriboz'daki duruşmaya gelmemiştir. Böyle olunca kardeşler Eğriboz naibine, konsolosun İstanbul'da sadrazamlık huzurunda hazır olması ve duruşma yapılması amacıyla durumun sadrazamlığa bildirilmesini ister.

Arzuhal İstanbul'a ulaşınca, konsolosun ahitnameyi gerekçe göstermesi nedeniyle, ahitnamedeki ilgili maddenin araştırılması emredilir. Düşülen derkenarda, Fransa Devletine verilen ahitnamede gerçekten de Fransa konsolosları aleyhindeki davaların İstanbul'da açılmasının yazılı olduğu belirtilir. Diğer yandan aynı derkenarda 1755 yılına ait bir husus da paylaşılır: Fransa'nın bu tarihte Eğriboz'daki konsolosu olan Yvrande de Finne adlı asilzade eski bir beratla görevde yapmaktadır ve henüz beratını yenilememiştir<sup>72</sup>.

Nihayetinde, ahitname gereğince davanın İstanbul'da görülmesi için konsolosun hazır edilmesi hakkında hüküm verilmesi buyrulur.

## 2. Eğriboz Sancağı'ndaki Konsolosların Alacakları

On sekizinci yüzyılın ortalarında Eğriboz Adası'ndaki Kızılhisar<sup>73</sup> nahiyesinde ehl-i örften kaynaklanan bazı huzursuzluklar bürokratik yazışmalara yansımıştır<sup>74</sup>. Daha ziyade Kızılhisar sakinlerinin şikayetçi oldukları eylemlerden Eğriboz Sancağı konsoloslarının da mağdur oldukları iddia edilmiştir<sup>75</sup>. Bu minvalde Eğriboz muhafızı Vezir Ahmet Paşa'nın bildirdiği hususların 1756'daki özetine bu yazışmalar arasında rastlanmaktadır.

Gedikli İbrahim Ağa mübaşir sıfatıyla Ahmet Paşa'ya İstanbul'dan bir emir ulaştırır. Emirde belirtildiğine göre bir süre önce Kızılhisar zabitleri ve beş kocabaşı, Eğriboz ve Atina'daki konsoloslardan bir miktar para almıştır. Bu para-

<sup>71</sup> Belgede "Mosi dö Lefin" biçiminde okumaya sevk eden ismin tahmini orijinali.

<sup>72</sup> III. Osman dönemindeki bu kayda göre, konsolos De Finne bu padişahın cülusundan sonra henüz beratını yenilememiştir. De Finne'le alakalı bu makalede daha önce ele alınan belgeden anlaşıldığı kadariyle konsolos daha fazla gecikmeden beratını yenilemiş ve 1774'e kadar görevine devam etmiştir.

<sup>73</sup> İtalyanca *Castel Rosso*, Yunanca *Kárystos* denilen yerleşim hakkında bkz. BALTA, "Karystia de l'Eubée (XVe-XVIIe siècles)."

<sup>74</sup> BOA, **AE.SOSM.III**, 34-2448. Belgenin transkripsiyonu için Ek-1'e bakınız.

<sup>75</sup> Bunların hangi devletlerin konsolosları oldukları yazışmada açıkça zikredilmemiştir. Fakat makale boyunca zikri geçen devletlerin konsolos tayin tarihleri ve ahitname verilmiş tarihleri dikkate alındığında misalen Rusya'nın Eğriboz'daki konsolosunun bunlar arasında olmaması gerekir.

nın kocabaşılardan mı yoksa Ömer Beşe adlı birinin mi borcu olduğunun açıklığa kavuşması için kadı tarafından durumun soruşturularak duruşma yapılması ve arz edilmesi emirde istenir. Mesele bu işi bilenlerden gizlice sorulur. Anlaşılır ki Ömer Beşe'nin alınan borçla bir ilgisi bulunmamaktadır. Borç, zikredilen zabıt ve kocabaşılardan senede dayalı borcudur. Emre uygun olarak bu kişiler duruşma için mahkemeye çağrıldıklarında önemsiz sebepler ileri sürerek mahkemede hazır bulunmaktan kaçınmışlardır. Vakada borcun sebebi ve meblağ hakkında ayrıntılar bulunmamakla beraber, konsolosların Osmanlı vatandaşlarıyla özel hukuk ilişkilerine sahip olabildiği görülmektedir. Bu ilişkilerden doğan hukuki uyuşmazlıklarda Osmanlı mahkemeleri yetkiliydi. Meblağın ayrıntısı belirtilmediğinden, ilk elde davanın İstanbul'da değil Atina'da yahut Atina'nın bağlı olduğu Eğriboz Sancağı'nda görev yapan Eğriboz kadısı huzurunda dinlenmesi gerekecektir.

Özetin diğer paragraflarında doğrudan konsoloslar zikredilmese de konsolosları mağdur eden ehl-i örfün başka neler yaptığından bahsedilmektedir. Ahmet Paşa, Eğriboz kadı naibi, İbrahim Ağa ve Kızılhisar ahalisi bu konuda yazdıkları resmi yazılarda ayrıntılı bilgi vermişlerdir. Buna göre, zikri geçen zabıtlar arasında yer alan Kızılhisar kale dizdarı Mehmet, topçubaşı Mahmut ve dizdar kethüdası Mustafa, bir süredir sahtekarlık ve hilebazlık peşindedirler. Gerçeğe aykırı arz ve mahzarlar gönderip sadrazamlığı meşgul etmişler, bazı kişilerin mallarına el koyup halka zulmetmişlerdir. Haksız eylemlerini sona erdirmeleri istendiğinde ise ne idarecileri ne de kadıyı dinlediklerinden buldukları kazada haksızlığın sona erdirilmesi ve zararın tazmin edilmesi mümkün olmamıştır. Ahmet Paşa Kızılhisar'a gittiğinde zabıtlardan şikayetçi olanların sayısının iki yüzü geçtiğini görmüştür. Bunun üzerine İstanbul'dan gönderilen fermanda bu üç kişinin Eğriboz'da dava edilmesi, haklarında hüküm verildikten sonra tasarruf hakkını ellerinde bulundurdukları timarların başkalarının tasarrufuna verilmesi ile halkın ve beldenin selameti için onların başka yere sürülmele-ri emredilmiştir<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Özetin son paragrafında, Ahmet Paşa'nın bir diğer resmi yazısında bahsettiği bir vaka yer almaktadır. Buna göre Kızılhisar'ın kale dizdarı Mehmet, aynı yerde padişah beratıyla müstahfiz olarak görev yapan Salih'e mali açıdan zarar vermiştir. Zira Kızılhisar Nahiyesi'ndeki gedik timarından dört yüz akçelik geliri olan Salih vazifesini gereğince yerine getiriyorken Mehmet, onun hakkında gerçeğe aykırı bir arzuhal yazıp İstanbul'a göndermiştir. Salih'in görevini terk ettiğini arzuhalinde bildiren Mehmet, Salih'in maaşının kesilerek mağduriyetine sebep olmuştur. Ahmet Paşa Salih'in gerçekte görevine devam ettiğini bu işten haberi olan erbab-ı vukuftan öğrenince Salih'in maaşının devamını sağlamıştır.

### 3. Danimarka Konsolosunun Alacağı

Danimarka'nın İstanbul'daki elçisi, dönemin padişahına hitaben yazdığı tarihsiz arzuhalde<sup>77</sup>, Eğriboz'daki Danimarka konsolosunun başından geçen hadiseleri hatırlatmaktadır. Bir süre önce konsolosun evini eşkiyadan bazı kişiler basmış, mallarını yağma etmiştir. Gasp edilen para ve mallar eşkiyadan tahsil edildikten sonra faillerin Benefşe Kalesi'nde<sup>78</sup> kalebent olarak cezalandırılması yönünde ferman çıkmıştır. Mübaşir fermanı yerine ilettiğinde, belgede "a'yân" olarak zikredilen kişiler aracılığıyla faillerin müsamaha gördüğü ve salıverilmelerine girişildiği görülmüş ve durum İstanbul'a bildirilmiştir. Faillerin kalebentliği hakkında tekrar ferman çıkmış ve yerine gönderilmiştir. Fakat fermanın iletilmesi geciktirilmiş hatta akamete uğratılmış, nihayetinde ferman yerine ulaştırılmamıştır. Böyle olunca faillerin mahpus oldukları yerden firar ettiği İstanbul'a bir arzuhalle haber edilmiş, arzuhale derkenar olarak faillerin kalebent edilmeleri hakkındaki ferman iliştilmiştir. Danimarka elçisine göre firari failler ortaya çıktıkları yerde alıkonulmazsa ve fermanın gereği uygulanmazsa diğer eşkiya da bu durumdan istifade edip konsolos ve tüccarın huzurunu kaçıracaktır. O nedenle bu hususta bir fermanın daha gönderilmesini elçi talep etmektedir.

Elçinin talebi üzerine, faillerin kalebent edilmeleri ve salıverilmeleri hakkındaki hükümlerin kaydının bulunarak derkenar edilmesine İstanbul'da karar verilir. Bu yöndeki kayıtlardan ilki, Eğriboz muhafızı Vezir Hasan Paşa, ismi zikredilmeyen yeniçeri zabiti, mübaşir sıfatıyla yazıyı ulaştırmakla görevli sabık orta çavuş vekili Kürt Mehmet Çavuş ile yine ismi zikredilmeyen Benefşe Kalesi dizdarına hitaben 1762'de Eylül ayının ilk günlerinde yazılan hükümdür. Hükümde, Eğriboz kazası kadı naibi Hacı Ali'nin İstanbul'a gönderdiği arzuhalin içeriği özetlenmektedir. Buna göre Danimarka'nın Eğriboz'daki konsolosu Andoni Peskos<sup>79</sup>, Vezir Hasan Paşa'nın hazır bulunduğu mahkemede beyanda bulunmuştur. Eğriboz sakinlerinden ve yeniçeri sınıfından İbrahim, Emin, Kara Ali, Hasan, Kazzaz Ali, Bakkal-Saka Abdülkadir, Molla Ali ve timar sahiple-

<sup>77</sup> BOA, AE.SMST.III, 295-23596. Belgenin transkripsiyonu için Ek-3'e bakınız. Belgedeki diğer yazılar nazara alındığında, arzuhalin en geç 1762'de yazıldığı tespit edilebilir. Dolayısıyla arzuhali yazan elçi, 1758-66 arasında elçilik görevi yapan Sigismund Wilhelm von Gähler (ö. 1788) olmalıdır. Von Gähler Danimarka'nın İstanbul'daki ilk elçisiydi.

<sup>78</sup> Osmanlı döneminde "Benefşe", "Menevaşiye" veya "Menekşe" adı verilen bu bağlı ada, üstünde bir köprü bulunan kısa ve dar bir yolla anakaraya bağlanır. Modern Yunancada *Monemvasiá* (veya *Monemvasía* yahut *Monemvasia*) adı verilen adada yer alan kalede Osmanlı Devletinde kalebentlik cezasına hükmolunan kişiler de bulunmaktaydı.

<sup>79</sup> Belgede "Andoni Peskos" ve "Andoni Piskopos" biçimlerinde okumaya sevk eden ismin tahmini orijinali.

rinden Hamza adlı kişiler gündüz vakti ikindiden sonra konsolosun evini basmış, konsolosun özel odasının kapı ve pencerelerini kırmış, odada koruma altında bulunan muhtelif malları, gümüş eşyayı ve nakit parayı gasp etmiştir. Konsolosun toplam 5 bin 779 kuruşluk zararı tazmin edildikten sonra faillerin tedip olunmak için Benefşe Kalesi'nde kalebent olmaları hakkında çıkarılan ferman mübaşir Mehmet Çavuş eliyle Eğriboz'a ulaştırılmıştır. Akabinde failler ile konsolos arasına muslihun girerek dört bin kuruşa sulh olunmuş, meblağ konsolosa teslim edilerek faillerin zimmetleri bu husustaki bir alacak davasından ibra ve ıskat edilmiştir. Ancak Zaimzade Hasan Bey adlı ayandan biri faillerin arkasında durmuş ve fermana aykırı olarak faillerin Benefşe Kalesi'ne gönderilmesine kasten açıkça engel olmuştur. Bu durumu kadı naibi arzuhale konu etmiş, diğer yandan Danimarka'nın İstanbul'daki elçisi de fermanla failler hakkında yer alan talimatın icra edilmesini bir arzuhal yazarak istemiştir. Derkenardaki kayıta bulunan hükümde Eğriboz muhafızı Hasan Paşa'ya ve yeniçeri zabıtine hitaben, daha önce gönderilen fermanla zikredildiği üzere kamu düzeninin sağlanması ve başkalarının da haksız fiil işlemekten çekinmeleri için mevcut sekiz failin yeniçeri ocağınca tayin edilen mübaşir eliyle gecikmeksizin hapsedilerek Benefşe Kalesi'nde kalebent edilmeleri yine emredilir. Aynı hükümde dizdara hitaben de kaleye varınca faillerin kaleye konulup kalebent olarak bulundurulması ve salıverilmelerine dair bir ferman gönderilmedikçe bırakılmalarından mutlaka kaçınılması emredilir.

Belgede yer alan bir diğer yazı, Eğriboz kadı naibi Hacı Ali'nin 16 Eylül 1762'de yazdığı arzuhaldir. Danimarka konsolosunun mahkemede beyan ettiği hususları kadı naibi şöyle aktarmaktadır: 22 Mayıs 1762'de gündüz vakti ikindi sonrasında konsolosun evini basıp evde koruma altında olan muhtelif malları ve gümüş eşyayı alan, konsolosun misafiri bir Venedik vatandaşı ve konsolosun yasakçısını yaralayan yeniçeri sınıfından İbrahim, Emin, Kara Ali, Hasan, Kazaz Ali, Molla Ali ve timar sahiplerinden Hamza'nın sağlam birer kefile bağlanması ve Benefşe Kalesi'nde kalebent edilmesi hakkında daha önce bir ferman çıkmıştır. Fakat fermana aykırı olarak faillerin sağlam kefile bağlanmaları işinin hapsedilmemelerine çevrildiği ve hapsedilmek yerine kuledede tutulmaya devam edildiği İstanbul'a bildirilmiştir. Ancak Eğriboz sakinlerinden Zaimzade Hasan Bey Eğriboz muhafızı Hasan Paşa'yı olmayacak arzulara tâbi kılmış, paşa da bu arzuların etkisiyle ona müsamahakar davranmıştır. Zaimzade Hasan Bey, Vezir Hasan Paşa'ya güvenerek failleri kuleden bir gece yarısı firar ettirmiştir. Firardan yeniçeri ocağı ihtiyarlarının haberi olmamış, ihtiyarlar faillerin kendilerinden olmadıklarını firar vakasından önce söyleyerek onları zaten ocaktan taredtiklerini bildirmişlerdir. Konsolos bu hususların İstanbul'a iletilmesini

kadı naibinden talep etmiştir. Naip yaptığı araştırmada durumun konsolosun beyan ettiği halde olduğunu tespit etmiştir. Diğer yandan naip, faillerin Benefşe Kalesi'nde kalebent edilmeleri ile sağlam kefile bağlanmaları konusunda bilgi sahibi olduğunu hatta faillerin tutuldukları kuleden firarlarının Zaimzade Hasan Bey ile Vezir Hasan Paşa'nın gözetimi altında sağlandığını da bildiğini ifade etmiştir.

1762'de Eylül ayının sonlarında, Eğriboz Kalesi'nin muhafazasıyla görevli ismi zikredilmeyen yeniçeri zabıtine ve Benefşe Kalesi dizdarına yazılan bir hüküm belgede yer almaktadır. Hükümde yukarıda bahsedilen vakanın bazı kısımları tekrarlanmakla beraber, bazı yeni bilgilere burada rastlanmaktadır. Buna göre, Eğriboz sakinlerinden ve yeniçeri sınıfından İbrahim, Emin, Mehmet, Kara Ali, Hasan, Kantaroğlunun (ismi zikredilmeyen) Kazzaz oğlu, ismi zikredilmeyen meşhutlu bakkal, ismi zikredilmeyen saka, ismi zikredilmeyen Molla ve timar sipahisi Hamza, Eğriboz'da Danimarka konsolosunun evini o yokken basıp konsolosun yasakçısını ve yine konsolosun Venedik vatandaşı misafirini üç-beş yerinden yaralamıştır. Hem de konsolosun özel odasının kapı ve penceresini kırıp odada koruma altındaki muhtelif malları, gümüş eşyayı ve nakit parayı almıştır. Zararın ne kadar olduğu hesaplanabildiğinden, mahkeme tarafından keşif yapılmıştır. Toplam 5 bin 770 kuruşluk mal gasp edildiği tespit edilmiş ve İstanbul'a bildirilmiştir. Bir ferman yazılmış ve yeniçeri ocağından tayin olunan çavuş eliyle failler hapsedilmiş, gasp edilen mal tazmin edildikten sonra Benefşe Kalesi'ne gönderilip orada kalebent edilmiştir. Ancak faillerin kalede ıslah oldukları, eşleri ve çocuklarının mağdur, perişan ve merhamete muhtaç vaziyette oldukları İstanbul'a bildirilmiştir. Buna binaen bir ferman yazılarak faillerin kendi hallerinde insanlar olarak kalmaları ve küçük de olsa bir haksız fiil işlemeleri İstanbul'a bildirilirse cezaya çarptırılmaları şartlarıyla eş ve çocuklarının vaziyetlerine merhamet gösterilerek bu kez affedildiği ifade edilmiş ve salıverilmeleri emredilmiştir. Bu ferman ismi zikredilmeyen bir kişi ile irsal olunmuştur. Ferman yerine vardığında, kale dizdarının failleri kaleden tahliye etmesine dair halen yeniçeri ocağının ağalığını yürüten Mehmet Ağa mühürlü bir mektup da yazdığından bu şekilde davranılması emredilmiştir.

Vakanın Danimarka konsolosunu ilgilendiren tarafı belgede ayrıntılı biçimde ele alınmamıştır. Fakat 1756'da Danimarka'ya verilen ahitnamenin Danimarka konsoloslarını ilgilendiren maddelerini zikretmek uygundur. Buna göre Danimarka Devleti, benzer ahitname gönderilen dost Avrupa devletleri gibi Osmanlı liman, iskele ve adalarına konsolos, konsolos vekili ve birer tercüman tayin edebilir, görevdekini azledebilir veya yerine başkasını atayabilir. Görev-



deki konsolos, konsolos vekili, tüccar ile onlara bağlı çalışan kişiler cizye ve diğer vergilerden muaftır. Osmanlı topraklarında Danimarka vatandaşları arasında ihtilaf mevcut olduğunda elçi veya konsolos Danimarka kanunlarına göre bu ihtilafı çözmekle yetkilidir. Konsolos hapsedilemez, konsolosun evi mühürlenemez, ev denetlenemez ve evde arama yapılamaz. Konsolosları ilgilendiren davalar elçi hazır bulunarak İstanbul'da görülür<sup>80</sup>.

## SONUÇ

Osmanlı hukukunda konsolos gönderen veya kabul eden devletlerin düzenlemeleri ve uygulamaları önem taşımaktadır. Zira konsolosluk hukukuna ilişkin ticari örfler ve konsolosu kabul eden devletlerin tanıdığı statü, meselenin hukuk doktrininde ele alınmasından tarihsel olarak önce gelmiştir. Konsolosluk dünyada on sekizinci yüzyılda büyük yaygınlık kazanmış, konsolos uygulamasının hukuki altyapısının gelişmesi ve konsoloslara ilişkin hukuki değerlendirmelerin artışı Osmanlı Devletinde on dokuzuncu yüzyılda görülmüştür. Öncesinde ise normlar ve bürokratik uygulamalar, hukuk âleminde daha çok yer bulmuştur. Tanzimat öncesi Osmanlı devletler hukuku ve uygulamalarında konsolosun yeri, darüislam ve darülharp ayrımında temellenmiş ve elçilik kurumuyla benzer bir kategoride değerlendirilmiştir. On beşinci yüzyıldan on dokuzuncu yüzyıl başlarına kadar Osmanlı Devletinde bulunan konsoloslar ve konsoloslara bağlı çalışanlar hakkındaki tarih literatürü, Avrupa devletlerinin Osmanlı Devletinin muhtelif şehir ve limanlarında gerek ticari gerekse siyasi maksatlarla yoğun olarak konsolos bulundurduğunu göstermektedir. Aynı yüzyıllar içinde Osmanlı egemenliği altındaki Eğriboz'un siyasi ve sosyo-ekonomik durumu, benzer Ege ve Akdeniz limanlarına nazaran kritik önemde değildir. Fakat on sekizinci yüzyılda ve on dokuzuncu yüzyılın başlarında Eğriboz'da konsolos bulunduğuna işaret eden Osmanlı bürokratik yazışmaları bulunmaktadır. Konsoloslar mutat faaliyetleri kadar dava tarafı olmaları bakımından da bazı vakalara konu olmuşlardır.

<sup>80</sup> Ahitname içeriği hakkında bkz. TEMEL, Mehmet, "18-20. Yüzyıllarda Türkiye-Danimarka İlişkileri", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C. 22, S. 1, 2007, s. 117-172.

EKLER<sup>81</sup>**Ek-1: BOA, AE.SOSM.III, 34-2448**

Eğriboz muhafızı vezir-i mükerrerem izzetli Ahmet Paşa hazretleri tarafından varit olan tahriratın hülasasıdır. Fi 10 Zilkade 169 (10.11.1169 - 06.08.1756)

Eğriboz ve Atina konsoloslarından mukaddema Kızılhisar zabitanıyla beş nefer kocabaşlarının istikraz eyledikleri akçe mezburların deyn-i sahihleri midir yoksa Şiko [?] oğlu Ömer Beşe nam kimsenin deyni midir şeran sual ve terafu ve arz olunmak babında müşarüniyle hitaben ısdar ve irsal olunan emr-i âlî Gedikli İbrahim Ağa ile vasıl olup keyfiyet sırran vukuf-ı tamî olanlardan sual olundukta mezbur Ömer'in methali olmayıp deyn-i mezkur zikir olunan zabitan ve kocabaşlarının bermuceb-i temessük deynleri olduğu aşikar olup ferman olduğu üzere müşarüniyleh huzurunda murafaa ve ihkak-ı hak etmek için zabitan-ı merkumeyi ve kocabaşları Eğriboz'a davet eyledikte a'zâr-ı vâhiye iradıyla murafaadan nükul eylediklerin.

Müşarüniyle hitaben emr-i şerif: Zabitan-ı merkumeden Kızılhisar Kalesi dizdarı Mehmet ve yerli topçubaşısı Mahmut ve dizdar kethüdası Mustafa öteden beri hile ve hud'a ile meluflar olup gah cüzi bahane ile hilaf-ı inha uruz ve mehazır peydasıyla samia-ı Devlet-i Aliyeyi tahdişe iptidar ve gah bazılarının mallarını ekl ve reyayı tecrim ve ihkak-ı hak murat olundukta ne vülata itaat ve ne şere inkıyat edip o vecihle kazalarında icra-yı hak olunmak mümkün olmayıp ve müşarüniyleh o tarafa varalı mezburların reyadan olan şükatları iki yüz neferden müteceviz olmakla mezbur dizdar ve topçubaşı ve dizdar kethüdasının husamalarıyla Eğriboz'da murafaa ve ihkak-ı haktan sonra mutasarrıf oldukları dirlikleri âhara tevcih ve rahmen li'l-ibâd tanzim-i bilad ve ibâd için diyar-ı âhara nefiyeleri babında bir kıta emr-i âlî ısdar ve irsal buyurulmuş. Müşarüniyleh kaimesinde ve Eğriboz naibi ve mübaşir-i mumaileh ilam ve arzında ve ahali mahzarlarında tahrir ve istida ederler.

Eğriboz Sancağı'nda Kızılhisar Nahiyesi'nde nefis-i varoş-ı Kızılhisar ve gayrı yerde bin dört yüz akçe gedik timarıyla Kızılhisar Müstahfızlığına ba-berat-ı âlî mutasarrıf olan Salih b. Ömer hizmet-i lazimesinde kemal-i istikamet ile mukim olup refini mucip hâli yokken dizdar-ı mezbur gaze-i dünyevisini icra zımında "târik-i hizmettir" diye hilaf-ı inha arz tahririyle mezburu nanoparesinden dûr ve mağdur eylediğini erbab-ı vukuf müşarüniyle hitab etmeleriyle timar-ı mezburun merkum Salih'e ipkısıyla celb-i dua-yı hayra himmet buyurulmuş. Müşarüniyleh başka kaimesinde tahrir eylemiş.

<sup>81</sup> Belgeler günümüz Türkçe telaffuz kurallarına göre okunmuştur. Eksik harf ve sayılar için "[ ]", okunmayan kısımlar için "[\*\*\*\*\*]", okunuşundan emin olunamayan yerler için "[?]" kullanılmıştır. Kelimelerin karışma ihtimali olduğunda basit transkripsiyon işaretlerine başvurulmuştur. Belgelere malum adanın yazılışı o dönemki "Ağriboz" telaffuzunu yansıtırken eklerde bugün cari olan "Eğriboz" telaffuzu tercih edilmiştir.

**Ek-2: BOA, C.HR., 91-4519**

Der-i devlet-mekine arz-ı dai-i kemine budur ki: Medine-i Eğriboz mütemekkinlerinden Rafael ve kız kardeşi Maria ve Marica nam Yahudiler meclis-i şer'e gelip şöyle takrir-i kelam ve tabir ani'l-meram eylediler ki “bundan akdem halik olan babamız Yesaya v. Rafael nam Yahudi medine-i mezbure konsolosu Mossi de Laffin nam zimmîye on sene miktarı hizmet edip ecr-i mislini kable'l-ahz mürt ve halik olmakla bizler babamız mürd-i mersumun ecr-i mislini talep eylediğimizde ‘benden dört bin akçeden ziyade deavi iktiza eyledikte Asitane-i saadette huzurda murafaa olmak üzere ahitnamemde musarrahtır’ diye murafaadan imtina etmeğin hâlimize merhameten mesfur Mossi de Laffin nam zimmi Asitane-i saadete ihzar ve huzur-ı asafide murafaa olunmak babında ahvalimizi der-i devlet-i ebed-karara arz ve ilam ediver” diye bu dailerine ilhah ve ibram etmeleriyle hâllerine merhameten konsolos-ı mesfurun ihzarı için yedlerine emr-i âlîşân inayet ve ihsan buyurulmak ricasında oldukları bi'l-iltimas paye-i serir-i a'lâya arz ve ilam olundu. Baki emir [ve] ferman hazret-i men lehü'l-emrindir. *Hurrîre fi'l-yevmi'l-hâmis ve'l-işrîn min Şa'bâni'l-mu'azzam li sene hams ve seb'in ve mi'e ve elf* (25.08.1175 - 21.03.1762). *el-Abdü'd-dâ'î li'd-Devleti'l-Aliye el-Hakaniye Kûlahizade Mes'ûd el-müvellâ-hilâfe bi Medîneti Eğriboz*<sup>82</sup>

Ahitname-i hümayun şüruhu derkenar oluna.

Henüz tecdid-i berat eylememiştir.

“Fransa konsoloslarıyla davası olanların hususu Asitane-i saadetimde istima oluna” diye Fransalıya ita olunan ahitname-i hümayunda mesturdur. Ferman devletli sultanımındır. Eğriboz'da Fransa konsolosu olan Fransa beyzadelerinden Yvrande de Finne nam beyzade atik beratla konsolos olup henüz tecdid-i berat etmemiştir. Yine ferman devletli sultanımındır. Fi 21 Muharrem 169 (21.01.1169 - 27.10.1755)

Ahitname-i hümayun şüruhu muktezasınca davaları Asitane-i saadette görölmek için konsolos-ı mesfurun ihzarı babında hüküm buyruldu. Çavuş mübaşeretiyile yazıla.

**Ek-3: BOA, AE.SMST.III, 295-23596**

Devletli inayetli sultanım hazretleri sağ olsun. Eğriboz'da Danimarka konsolosumuzun bundan akdem hanesini basıp emval ve eşyasını yağma ve garet eden şakilerin garet eyledikleri nukut ve eşya mübaşir marifetiyle tahsil olunduktan sonra Benefşe Kalesi'ne kalebentleri için sadır olan emr-i âlî ile mübaşir mahalline vardıkta eşkiya-yı mezbureye bazı a'yân sahip olduklarından müsamaha ve itlaklarına mübaşeret ve husus-ı mezbur vürut eden ilamdan inayetli efendimizin malumları oldukça tekrar ocaktan mübaşir marifetiyle kale-i mezbureye kalebentleri için emr-i âlî ısdar ve ocak tarafına irsal olunup sadır olan emr-i âlî tehir ve tevkif ve mahalline gönderilmediğinden eşkiya-yı mezbûrûn hapis oldukları mahalden firar ettirildiği bu defa vürut

<sup>82</sup> “Bin yüz yetmiş beş yılındaki muazzam Şaban ayının yirmi beşinci gününde yazıldı. Devlet-i Aliyenin kulu ve duacısı, Eğriboz şehrinin müvella kadısı Kûlahizade Mesut”.

eden arzdan müstefat olmakla kalebentleri için sadır olan emr-i âlî derkenar ve malum-ı inayetleri buyurulduktan sonra firar eden şakiler her ne vakit zuhur ederse ahz olunmayıp ve sadır olan emr-i âlî tenfiz ve icra olunmazsa eşkiya-yı saire dahi fereç bulup gerek konsolos ve gerek tüccarlarımızın emin ve rahatları meslup olacağı malum-ı inayetleri buyurulduktan ne vecihle emr-i âlîleri ihsan buyurulursa o bapta emir ve ferman devletli inayetli sultanım hazretlerindedir. ed-Dâ'î Elçi-i Danimarka

Kalebent ve itlakları için verilen ahkam kayıtları derkenar.

Eğriboz muhafızı Vezir Hasan Paşa'ya ve yeniçeri zabiti [ ] *zîde mecduhuya*<sup>83</sup> ve bu hususa ocak tarafından mübaşir tayin olunan sabık orta çavuş vekili Kürt Mehmet Çavuş *zîde kadruhu*<sup>84</sup> ve Benefşe kale dizdar [ ] *zîde hıfzuhuya*<sup>85</sup> hüküm ki: Eğriboz kaza naibi mevlana el-Hac Ali *zîde ilmuhu*<sup>86</sup> südde-i saadetime mektup gönderip medine-i Eğriboz'da mukim Danimarka konsolosu Andoni Peskos nam konsolos sen ki vezir-i müşarünileyhsin huzurunda makud meclis-i şer' de "medine-i mezbure sükkanından zümre-i yeniçeriyandan İbrahim b. Ali ve Emin b. Mehmet ve Kara Ali b. Ahmet ve Hasan b. Abdullah ve Kazzaz Ali ve Bakkal Saka Abdülkadir ve Molla Ali b. Mehmet ve erbab-ı timardan Hamza Sipahi nam mütegalibe neharen ba'de'l-asır menzilimi basıp bana mahsus olan odanın kapısını ve penceresini şikest ve derununda mahfuz emtia-ı mütenevvia ve sim âlât ve nakit akçeden nehb ve garet eyledikleri 5 bin 779 kuruş tamamen tahsil olunduktan sonra mezburları tediben Benefşe Kalesi'ne kalebent olunmaları için sadır olan ferman-ı âlişân mübaşir-i mumaileyh vesatetiyle Eğriboz'a ba'de'l-vürut beynimize müslimün-ı muslihun tavassutuyla ıslah-ı zatü'l-beyn olunup dört bin kuruşa akd-i musalaha ve meblağ-ı merkum dört bin kuruşu bana teslim ve ahz ve kabz ve mezburların zimmetlerini husus-ı mezbureden ve amme-i davadan ibra ve ıskat edip" lakin a'yândan Zaimzade Hasan Bey demekle maruf kimse mütegalibe-i mezbûrına muavenet ve mugayir-i emr-i âlî Benefşe Kalesi'ne irsale mümanaat edip garaz-ı fasidesini icra kaydında olduğu nümayan olmakla vaki-i hâli bi'l-iltimas mevlana-yı mumaileyh arz ve inha ve mezburların haklarında mukaddema sadır olan emr-i şerifimin tenfiz ve icrasını hâlâ Asitane-i saadetimde mukim Danimarka elçisi dahi memhuren arzuhaliyle istida etmeğin sen ki vezir-i müşar ve zabiti mumaileyhüması-nız mütegalibe-i merkûmün konsolos-ı mesfurun hanesini basıp eşyasını gasp ve taaddi eyledikleri ve eşya-yı menhube için dört bin kuruşa gerçi musalaha ve teslim eyledikleri gerçi ilam olunup lakin mukaddema şeref-sudur olan emr-i âlînin mazmun-ı münifi üzere nizam-ı belde ve sairî terhip için sekiz nefer müfsitlerin ocak tarafından tayin olunan mübaşir-i mumaileyh marifetiyle bila tehir mahbusen Benefşe Kalesi'ne kalebent olunmaları fermanım olmağın imdi sairilere muceb-i ibret ve bais-i pend ve nasihat olmak üzere sabıku'z-zikir sekiz nefer müfsitleri marifetinizle ahz ve bila tehir mahbusen Benefşe Kalesi'ne irsal ve kalebent ettirip ve sen ki dizdar-ı mumaileyhsin vusullerinde mezburları kale-i merkumeye vaz' ve kalebent edip tekrar itlakları için

<sup>83</sup> "şerefi artsın".

<sup>84</sup> "itibarı artsın".

<sup>85</sup> "muhafazası artsın".

<sup>86</sup> "ilmi artsın".

emr-i şerifim varit olmadıkça sebilleri tahliye olunmaktan bi gayet hazer ve mücanebet olunmak babında ferman-ı âlişân yazılmıştır. Ferman devletli sultanımındır. Fi evasıt-ı Safer 1176 (11-20.02.1176 - 01-10.09.1762)

Der-i devlet-mekine arz-ı dai-i kemine budur ki: Medine-i Eğriboz'da mukim Danimarka konsolosu Andoni Peskos nam konsolos meclis-i şer'-i mutahharaya gelip şöyle takrir-i kelam ve bast ani'l-meram eylediği "1175 senesi Şevval-i şerifinin 28. günü neharen ba'de'l-asır menzilimi basıp derununda mahfuz emtia-ı mütenevviamı ve sim alatımı nehb ve garat ve bir nefer Venedikli misafirimi ve yasakçımı mecruh eden zümre-i yeniçeriyandan İbrahim b. Ali ve Emin b. Mehmet ve Kara Ali b. Ahmet ve Hasan b. Abdullah ve Kazzaz Ali ve Molla Ali b. Mehmet ve erbab-ı timardan Hamza Sipahi nam şakilerin kefil-i kavîye rapt ve Benefşe Kalesi'nde kalebent olunmaları babında bundan akdem emr-i âli sadır olup mugayir-i emr-i âli eşkıya-ı merkumunun kefil-i kavîye rapt olunmalarını itlaklarına ihale ve mahpus oldukları kule-i cisrde ipka olundukları bundan akdem Deraliye'ye ilam olunup lakin yine medine-i mezbure sükkânından Zaimzade Hasan Bey Eğriboz muhafızı devletli inayetli el-Hac Hasan Paşa hazretlerini tama'-ı hâma tebaiyet ettirtip tama'-ı hâmindan naşi müsamaha ve mir-i merkum dahi vezir-i müşarünileyhe istinadı sebebiyle bu esnada eşkıya-ı merkûmûnu kule-i mezkurdan cevfi-leylde firar ettirtip ocak ihtiyarlarından bir ferdin ilim ve agahı olmayıp ve 'eşkıya-ı merkûmûn bizden değillerdir' diye firarlarından mukaddem cevap ve tart etmeleriyle hakikat-i hâli der-i devlet-medara ilam ediver" diye inha ve iltimas etmeğin filhakika hâl minval üzere olup eşkıya-ı merkûmûnun Benefşe Kalesi'nde kalebent ve kefil-i kavîye rapt olunmalarına ve mahpus oldukları kule-i cisrden firarlarına mir-i merkum Zaimzade ile vezir-i müşarünileyhin raileri munzam olduğu bu fakirin dahi ilmim muhit olmağın o ki vakiü'l-hâldir bi'l-iltimas paye-i serir-i a'lâya arz ve ilam olundu. Baki emir ve ferman hazret-i men lehü'l-emrindir. *Hurrirre fi'l-yevmi's-sâdis ve'l-işrîn min şehri Saferi'l-hayri li sene sitt ve seb'in ve mi'e ve elf* (26.02.1176 - 16.09.1762). *el-Abdü'd-dâ'i li'd-Devleti'l-Aliye es-seniye el-hâc Ali el-müvellâ-hilâfe bi Medîneti Eğriboz*<sup>87</sup>

"Eğriboz Kalesi muhafazasında yeniçeri zabiti olan [ ] *zide mecduhuya* ve Benefşe Kalesi dizdarına hüküm ki: Eğriboz sükkânından zümre-i yeniçeriyandan İbrahim b. Ali ve Emin Mehmet ve Kara Ali b. Ahmet ve Hasan b. Abdullah ve Kantaroğlunun oğlu Kazzaz [ ] ve meşhutlu Bakkal [ ] ve Saka [ ] ve Molla [ ] b. Mehmet ve timar sipahisi Hamza nam kimseler Eğriboz'da müsafereten sakin ve mütemekkin olan Danimarka konsolosu Andoni Peskos nam konsolosun menziline basıp mevcut olmadığından bir nefer yasakçısını ve bir nefer Venedikli misafirini dahi üç beş yerlerinden cerh ve mecruh eylediklerinden maada kendine mahsus olan odanın kapısını ve penceresini kırıp derununda mahfuz olan emtia-ı mütenevvia ve sim âlâtından ve nukut akçe zayi ve hasaret ne miktar olduğu malum olmadığından marifet-i şer'le keşif ve mecmuu 5 bin 770 kuruş gasp ve garet eyledikleri ba'de'l-keşif Deraliye'me ilam olunmakla sadır olan ferman-ı âli mucebince ocaktan tayin olunan çavuş mübaşere-

<sup>87</sup> "Bin yüz yetmiş altı yılındaki hayırlı Safer ayının yirmi altıncı gününde yazıldı. Devlet-i Aliyenin kulu ve duacı, Eğriboz şehrinin müvella kadısı Hacı Ali".

tiyle mezburlar ahz ve hapis ve emval-i mağsube kendilerinden tahsil olunduktan sonra kale-i merkumeye irsal ve kalebent olunup mezburlar kale-i mezburede ıslah-ı nefis eyleyip ve iyal ve evlatları sefil ve sergerdan ve leyle-i aşaya muhtaç ve perişan hâl ve mahall-i merhamet oldukları Deraliye’me inha olunmakla fimabat kendi hâllerinde olup miktar-ı zerre şer ve şekavetleri Deraliye’me inha olunursa cezaları tertip olunmak şartıyla iyal ve evlatlarının diğer-gun hâllerine merhameten bu defa af ve itlak olunmaları babında ferman-ı celilü’ş-şanıım sadır olmağın [ ] ile irsal olundu. Vusulünde “sadır olan ferman-ı celilü’ş-şanıım mucebince sen ki dizdar-ı merkumsun mezburları dizdarı olduğun kale-i mezburdan itlak ve sebillerini tahliye eyleyip mazmun-ı emr-i şerifimle amil olasız” diye bilfiil dergah-ı muallam yeniçerileri ağası olan Mehmet Ağa *dâme uluvvuhu*<sup>88</sup> tarafından mühürlü mektup verilmekle vech-i meşruh üzere amel olunmak babında emr-i şerif yazılmıştır. Ferman devletli sultanımdır. Evail-i Rebiyülevvel 1176 (1-10.03.1176 - 20-29.09.1762)

#### **Ek-4: BOA, AE.SABH.I, 71-4912**

Devletli saadetli sultanım hazretleri sağ olsun. Eğriboz İskeleyi’nde amed şüd eden Fransa tüccarlarımızın umur ve mesalihlerini görmek için Fransa konsolosumuz olan Yvrande de Finne nam beyzadenin müddeti tamam olup ref ve yerine Mallier nam beyzade konsolos nasp ve tayin olunup efendim Fransa padişahı tarafından yedine memhur mektup verilmekle ahitname-i hümayun mucebince olageldiği üzere yedine berat-ı şerif-i âlişân ihsan buyurulmak babında emir ve ferman devletli saadetli sultanım hazretlerininidir. ed-Dâ’î Chevalier de Saint-Priest Elçi-i Fransa

Berat kaydı derkenar.

Nişan-ı hümayun odur ki: Fransa elçisi mühürlü arzuhal gönderip taht-ı âli-baht-ı Osmani üzere cülus-ı hümayun-ı saadet-makrun vaki olup umumen tecdid-i berevat fermanım olmağın sene hams ve sittin ve mie ve elf Cemaziyelahire’sinin 24. gününden beri hüdavendigar-ı sabık kardeşim merhum Sultan Mahmut Han *tâbe serâhu*<sup>89</sup> beratıyla Eğriboz ve tevabii iskelelerine gelip giden Fransa tüccarının umur ve hususlarını görmek için Fransa beyzadelerinden konsolos olan Yvrande de Finne nam beyzadenin beratı tecdit olunup ahitname-i hümayun mucebince olageldiği üzere müceddeden berat-ı şerifim verilmek babında inayet rica etmeğın ahitname-i hümayun mucebince olageldiği üzere şürotuyla berat-ı âlişân verildiği mukayyettir. Ferman devletli sultanım hazretlerininidir. Fi 11 Muharrem 169 (11.01.1169 - 17.10.1755)

Mersumun konsoloslukta alakası olmadığından gayrı badehu vuku bulan cülus-ı hümayunda beratı tecdidine dahi itibar etmemekle beratı ahz ve hıfz olunmuştur.

Ahitname-i hümayun şürotu mucebince olageldiği üzere mesfur Mallier tayin ve beratı ita olunmak buyruldu. Fi 7 Safer sene 88 (07.02.1188 - 19.04.1774)

<sup>88</sup> “yüceliği daim olsun”.

<sup>89</sup> “toprağı (kabri) güzel olsun”.

**Ek-5: BOA, C.HR., 111-5548**

Devletli saadetli sultanım hazretleri sağ olsun. “Memalik-i mahruseden herhangi iskele ve liman ve adalarda dost olan düvel taraflarından konsolos ve konsolos vekilleri ve tercüman varsa Prusya elçileri dahi konsolos ve konsolos vekilleri ve tercümanlar tayin ve dilediklerini ref ve yerlerine âharını nasp eyleyeler ve konsolosları ve konsolos vekilleri ve tercümanları ve amed şüd eden kendi tüccarları ve cinslerinden olan adamları sair dost olan düvelin tevabii muafiyeti misilli muaf olalar” diye Prusyalıya verilen ahitname-i hümayunda mukayyet olduğuna binaen Eğriboz ve tevabii iskelelere Prusya bayrağı altında gelip ve giden tüccar ve reayanın umur ve mesalihlerini görmek için Louis Hilmer nam kişizade Prusya konsolosu nasp ve tayin olunup mercudur ki konsolos-ı merkum yedine ahitname-i hümayun şürotu mucebince ve olageldiği üzere berat-ı âlîşân verilmek babında emir ve ferman devletli saadetli sultanım hazretlerindir. ed-Dâ’î De Gaffron Maslahatgüzar-ı Prusya

Ahitname-i hümayun kaydı görüle.

“Memalik-i mahruseden herhangi iskele ve liman ve adalarda dost olan düvel taraflarından konsolos ve vekilleri ve tercümanları varsa Prusya elçileri dahi konsolos ve konsolos vekilleri ve tercümanlar tayin ve dilediklerini ref ve yerlerine âharını nasp eyleyeler” diye Prusyalıya ita olunan ahitname-i hümayunda münderiç ve mesturdur. Ferman devletli sultanım hazretlerindir.

Emsali görüle.

Nişan-ı hümayun odur ki: İsveç Devleti maslahatgüzarı De Heidenstam *hutimet avâkıbuhu bi'l-hayr*<sup>90</sup> sütte-i saadetime mühürlü arzuhal gönderip Eğriboz ve Atina iskelelerinde İsveç bayrağıyla amed şüd eden tüccar ve sefaın kaptanlarının umur ve hususlarını rüyet için ba-berat-ı âlî konsolos olan Esezre [?] Feran [?] konsolosluğuna adem-i itibar ve târik-i hizmet olmakla kendi cinslerinden rafi-i tevkii refiü’ş-şân Şarle [?] Hublar [?] *hutimet avâkıbuhu bi'l-hayr* zikrolunan Eğriboz ve Atina iskelelerine konsolos nasp ve tayin olunup ahitname-i hümayun mucebince olageldiği üzere yedine berat-ı şerifim verilmek babında inayet rica divan-ı hümayununda mahfuz İsveçliye verilen ahitname-i hümayun kaydı görüldükte “İsveç elçileri memalik-i mahrusemde konsolos ikametü münasip olan mahallere konsolos tayin olanları serbest edip yerlerine gayrılarını nasp murat eylediklerinde kimse mani olmaya” diye mukayyet olunmağın ahitname-i hümayun mucebince olageldiği üzere şürotuyla nişan-ı âlî yazılmıştır. Emir ve ferman devletli sultanımındır. Fi 14 Zilhicce sene 194 (14.12.1194 - 11.12.1780)

Ahitname-i hümayun mucebince konsolosluk beratı ısdar ve ita olunmak buyruldu. Fi 12 Safer sene 196 (12.02.1196 - 27.01.1782)

<sup>90</sup> “hayırlı akıbetleri olsun”.

### Ek-6: BOA, C.HR., 26-1281

Huzur-ı âlilerine maruz-ı daileridir ki: Atina İskelesi'ne ve Eğriboz Ceziresi'ne amed şüd eden Rusya tüccar ve kaptan ve sair adamlarının rüyet-i mesalihleri için bir konsolos nasbı muktezi olduğuna binaen Rusya taifesinden İnenz di Foljiv Fasfomiv nam beyzade konsolos olmak üzere yedine Rusya Devleti tarafından yedine mühürlü mektup verilmekle ber-muceb-i ahitname-i hümayun yedine berat-ı âlişân verilmek babında emr-i âlilerinin suduru istida olunur. ed-Dâ'î Orta Elçi-i Devlet-i Rusya

Kaydı derkenar oluna.

Nişan-ı hümayun odur ki: Elçi-i mumaileyh mühürlü arzuhal gönderip Eğriboz Ceziresi İskelesi'nde li ecli't-ticare gelip giden ve tüccar sefaininin umurlarını görmek mahall-i mersuma bir konsolos nasbı muktezi olmakla kendi cinslerinden rafî kaptan Panayoti Fervane nam Rusyalı ber-muceb-i ahitname-i hümayun konsolos nasp ve tayin olunup Rusya Devleti tarafından yedine mühürlü mektup verilmekle ahitname-i hümayun şürutu mucebince yedine berat-ı şerif verilmek babında inayet rica etmeğin ahitname-i hümayun şürutu mucebince Fransa ve İngiltereliler haklarında olageldiği üzere işbu nişan-ı hümayun verilmiştir. Ferman devletli sultanım hazretlerindir. Fi 5 Şaban sene 200 (05.08.1200 - 03.06.1786)

Atina naibine hüküm ki: Rusya Devletinin Deraliye'mde mukim orta elçisi yazılan Tomara *hutimet avâkıbuhu bi'l-hayr* rikab-ı hümayunuma mühürlü arzuhal gönderip "Rusya Devleti tarafından lazım görülecek âmme-i mevakide ve konsolos ve konsolos vekillerinin tayinine Devlet-i Aliye'miz canibinden ruhsat verilip dost olan sair düvelin konsolosları itibar olundukları gibi merkumlar dahi muteber tutulalar" diye ahitname-i hümayunda münderiç olduğundan medine-i Atina'ya amed şüd eden Rusya tüccarı ve adamlarının vuku bulan umur ve hususlarına rüyet eylemek üzere konsolos nasp oluncaya kadar konsolos vekili tayini lazımeden idiğinden Bartolomav Yatkani nam müstemem konsolos vekili nasp ve tayin olduğundan bahisle ahitname-i hümayun şürutu mucebince Atina'ya amed şüd eden Rusya tüccar ve adamlarının umurlarını rüyet edip konsolos vekaleti umuruna hilaf-ı şürut-ı ahitname-i hümayun âhardan müdahale olunmamak ve himayet ricasında olunmak babında emr-i şerif sudurunu istida etmekle ahitname-i hümayun mucebince konsolos vekili nasp olunmak babında emr-i şerif yazılmıştır. Ferman devletli sultanım hazretlerindir. Fi evasit-ı Muharrem sene 215 (11-20.01.1215 - 04-13.06.1800)

Kayıtları terkin ile ahitname-i hümayun mucebince konsolosluk beratı verilmek buyruldu. Fi 22 Muharrem sene 219 (22.01.1219 - 03.05.1804)



**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

- ACKERMANN, Delphine / KNOEPFLER, Denis, “La région de Vathia/Amarnthos au miroir de ses premiers explorateurs: A propos d’une lettre inédite de P. Revelakis à L.-F.-S. Fauvel (1816)”, **Antike Kunst**, S. 52, 2009, s. 124-163.
- AKPINAR, Mahmut, “Osmanlı Devleti’nde Şehbenderlik Müessesesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2001.
- AKYILMAZ, Sevgi Gül, **Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı**, Tablet, İstanbul, 2000.
- ANDERSON, Sonia P., **An English Consul in Turkey: Paul Rycout at Smyrna (1667-1678)**, Oxford University Press, New York, 2001.
- ATEŞ, Ahmet, “Ma’nevi ve Ağrıboz Fetih-namesi”, **Fatih ve İstanbul: İstanbul Fethi Derneği Neşriyatından Yıllık Dergi**, C. 1, S. 3-6, 1953-1954, s. 281-313.
- AYBAY, Rona, **Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk**, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009.
- AYYUB, Khalil Michael, “Muhammad Ali and the British Consuls”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **American University of Beirut**, 1942.
- BAKER, Thomas, **Piracy and Diplomacy in Seventeenth-Century North Africa: The Journal of Thomas Baker, English Consul in Tripoli (1677-1685)**, ed. PENNELL, C. R., Fairleigh Dickinson University Press, Rutherford, 1989.
- BALTA, Evangelia, **L’Eubée à la fin du XVe siècle: Économie et population: Les registres de l’année 1474**, Etaireía Evvoikón Spoudón, Atina, 1989.
- BALTA, Evangelia, “15’nci Yüzyıl Sonlarında Ağrıboz Adası: Ekonomi ve Nüfus: 1474 Yılına Osmanlı Kayıtları”, **Tarih Araştırmaları Dergisi**, S. 26, 1990-1991, s. 297-301.
- BALTA, Evangelia, “Économie et espace rural en Eubeé aux XVe-XVIe s.: Du document fiscal à la construction d’un modèle”, **Problemes et approches de l’histoire ottomane: Un itinéraire scientifique de Kayseri à Eğriboz**, The Isis Press, İstanbul, 1997, s. 17-20.

- BALTA, Evangelia, “Rural and Urban Population in the Sancak of Euripos in the Early 16th Century”, **Problemes et approches de l’histoire ottomane: Un itineraire scientifique de Kayseri à Eğriboz**: The Isis Press, İstanbul, 1997, s. 21-66.
- BALTA, Evangelia, “Karystia de l’Eubée (XVe-XVIIe siècles)”, **Peuple et production: Pour une interprétation des sources ottomanes**, The Isis Press, İstanbul, 1999, 75-146.
- BARON DE TOTT, François, **La correspondance consulaire de crimee du Baron De Tott (1767-1770)**, The Isis Press, İstanbul, 2014.
- BAYRAKTAR, Hilmi, “XVIII. ve XIX. Yüzyıllarda Halep Eyaleti’nde Yabancı Devlet Konsolosluklarının ‘Himayan’ Suistimalleri”, **Türk Dünyası Araştırmaları**, S. 124, 2000-2001, s. 187-195.
- BİLSEL, Mehmet Cemil, **Hukuku Düvel (II): Devletler Arasında Münasebat: Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1934.
- BOOGERT, Maurits Hubrecht van den, “Consular Jurisdiction in the Ottoman Legal System in the Eighteenth Century”, **Oriente Moderno**, C. 83, S. 3, 2003, S. 613-634.
- BOOGERT, Maurits Hubrecht van den, **The Capitulations and the Ottoman Legal System: Qadis, Consuls and Beraths in the 18th Century**, Brill, Leiden, 2005.
- BOOGERT, Maurits Hubrecht van den, **Kapitülasyonlar ve Osmanlı Hukuk Sistemi: 18. Yüzyılda Kadılar, Konsoloslar ve Beratlılar**, çev. TUNCER, Ali Coşkun, Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2014.
- BREWER, Mitra Jonah, “Gold, Frankincense, and Myrrh: French Consuls and Commercial Diplomacy in the Ottoman Levant (1660-1699)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Georgetown University**, 2002.
- BURSALI, Osman Safa, “The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Tribute Payers (Viorel Panaite)”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 6, 2008, s. 117-125.
- CALAFAT, Guillaume, “A ‘Nest of Pirates’? Consuls and Diplomatic Intermediaries in Algiers during the 1670s”, **Studi e materiali di storia delle religioni**, C. 84, S. 2, 2018, s. 529-547.
- CANSEVER, Sıddık, “Eğribozlu Mehmed Emin Sırrı: Hayatı, Eserleri, Divanının Edisyon Kritik Metni ve Değerlendirmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2005.
- CHMIEL, Piotr, “Prehistory of Consular Diplomacy: A New Perspective on the Activity of 17th-Century Venetian Consuls in the Ottoman Empire”, **The Seventeenth Century**, C. 37, S. 6, 2022, s. 1009-1029.
- DEĞDAŞ, Ulaş Can, “Konsoloslukların Kuruluşu, Görev ve Yetkileri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018.

- DEMİR, Uğur, “Kırım’da İlk Rus Konsoloslğunun Açılması, Faaliyetleri, Kapatılması ve Buna Dair Tartışmalar (1763-1766)”, *Crimean Historical Review*, S. 2, 2014, s. 39-49.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, “XVIII. Yüzyılda İngiltere’nin Draç ve Tevabi’i (Arnavutluk) Konsoloslğı”, **Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi (II) (30 Mayıs - 6 Haziran 2010, Prizren)**, eds. CAN, A. Vecdi / TÜRKMENOĞLU KÖSE, Dilşad / BİTİM, Semih / ŞANSLI, Ahmet, Sakarya Üniversitesi / Türk Bilim Araştırma Vakfı / Universiteti i Prishtinës / Yozgat Bozok Üniversitesi, 2010, C. 1, s. 73-84.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, “Yabancı Konsolos, Konsolos Tercümanı ve Tercüman Hizmetkarlarının Serbest Dolaşım Belgeleri: Beratlar ve Yol Emirleri (1600-1800)”, **Kebikeç: İnsan Bilimleri İçin Kaynak Araştırmaları Dergisi**, S. 30, 2010, 87-102.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, “XVII. Yüzyıl Sonlarında Hollanda’nın Draç ve Tevabii Konsoloslğı (1684-1700)”, **Büyük Türk Dili Kurultayı (VIII) (25-28 Eylül 2013, Tiran)**, eds. ATABEY, İbrahim / ÖZYÜREK, Rasim, Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2013, s. 194-202.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, “XVIII. Yüzyılda İki Sicilya Krallığı’nın Arnavutluk Konsoloslğı”, **Yeni Türkiye**, S. 69, 2015, s. 4884-4896.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, “The Consulate of Russia in Cyprus in the Later 18th and Early 19th Century”, **Türk Tarih Kongresi (XVI) (20-24 Eylül 2010, Ankara)**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2015, C. 4/2, s. 715-726.
- DEMİRYÜREK, Mehmet, **Ottoman Documents on the English in the Ottoman Empire (1700-1800): Consulates, Consuls and Travellers**, The Isis Press, İstanbul, 2017.
- DEMİRYÜREK, Mehmet / YAZAR, Hakan, “Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Kıbrıs’ta İngiltere Konsoloslğı (1700-1800)”, **Bellekten**, S. 290, 2017, s. 89-134.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Ali Emiri Abdülhamid I**, 20-1725, 71-4912. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Ali Emiri Mustafa III**, 295-23596. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Ali Emiri Osman III**, 34-2448. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Ali Emiri Selim III**, 34-1918, 97-5823, 155-9271, 173-10379, 287-16724, 349-20082. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicillatı Mühimme Defterleri**, 120-1077. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Cevdet Hariciye**, 5-214, 24-1161, 26-1281, 69-3443, 91-4519, 111-5548, 112-5566, 114-5689, 167-8305. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Hatt-ı Hümayun**, 1188-46781. İstanbul.
- DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **İbnülemin Hariciye**, 17-1582. İstanbul.

DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI, **Müzehheb Ferman ve Beratlar**, 378, 800, 1322. İstanbul.

**Documents diplomatiques et consulaires relatifs à l'histoire du Liban et des pays du Proche-Orient du XVII siècle à nos jours**, ed. ISMAIL, Adel, Editions des Oeuvres Politiques et Historiques, Beyrut, 1982.

DO PAÇO, David, “Une collaboration économique et sociale: Consuls et protecteurs des marchands ottomans à Vienne et à Trieste au XVIIIe siècle”, **Cahiers de la Méditerranée**, S. 98.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, Arı Sanat, İstanbul, 2008.

ELGADDARI, Sara, **Britain and the Regency of Tripoli: Consuls and Empire-Building in Nineteenth-Century North Africa**, I. B. Tauris, Londra, 2022.

ERDOĞRU, Mehmet Akif, “Onsekizinci Yüzyıl Sonlarında Kıbrıs'ta Avrupalı Konsoloslar ve Tercümanları”, **Kıbrıs Araştırmaları Kongresi (II) (24-27 Kasım 1997, Gazimağusa)**, eds. BOZKURT, İsmail / ATEŞİN, Hüseyin / KANSU, M., Doğu Akdeniz Üniversitesi, Gazimağusa, 1999, C. 2, s. 315-328.

FAIVRE D'ARCIER, Amaury, **Les oubliés de la liberté: Négociants, consuls et missionnaires français au Levant pendant la Révolution (1784-1798)**, Peter Lang, Brüksel, 2007.

FLEET, Kate, “Turkish-Latin Diplomatic Relations in the Fourteenth Century: The Case of the Consul”, **Oriente Moderno**, C. 83, S. 3, 2003, s. 605-611.

FRARY, Lucien J., “Russian Consuls and the Greek War of Independence (1821-31)”, **Mediterranean Historical Review**, C. 28, S. 1, 2013, s. 46-65.

GAHRAMANOVA, Aytaj, “Diplomasi ve Konsolosluk Hukukunda Yargı Bağımsızlığı ve Türk Hukuku Uygulaması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2021.

GHILARDI, Matthieu / Tim KINNAIRD / Katerina KOULI / Andrew BICKET / Yannick CREST / François DEMORY / Doriane DELANGHE / Sylvian FACHARD / David SANDERSON, “Reconstructing the Fluvial History of the Lilas River (Euboea Island, Central West Aegean Sea) from the Mycenaean Times to the Ottoman Period”, **Geosciences**, C. 12, S. 5, 2022, s. 204-231.

GÖZÜBÜYÜK, Sevil, “Paris'ten Halep Konsolosluğuna Louis Gédoyne ve Günlüğü (1623-1624)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2022.

HADDURİ, Macid, **İslam Hukukunda Savaş ve Barış**, Ekin, İstanbul, 2018.

HAVUZ, Sümeyye, “Venedik Konsolosu Gio. Antonio Maria Morana'nın Halep'e Dair Gözlemleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2020.

- HEINSEN-ROACH, Erica, **Consuls and Captives: Dutch-North African Diplomacy in the Early Modern Mediterranean**, University of Rochester Press, Rochester, 2019.
- HORII, Yukata, “Venetian Consul and Residents in Egypt under Ottoman Conquest”, **Quaderni di Studi Arabi**, C. 15, S. Supplement, 1997, s. 121-132.
- HORII, Yukata, “Capitulations and Negotiations: The Role of the Venetian Consul in Early Ottoman Egypt”, **Mediterranean World**, S. 19, 2008, s. 207-216.
- İNBAŞI, Mehmet, “Eğriboz Sancağı İdarecileri (1756-1792)”, **Cihannüma: Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi**, C. 6, S. 1, 2020, s. 59-78.
- İPŞİRLİ, Mehmet, “Elçi”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1995, C. 11, s. 3-15.
- KARABIYIK, Şule, “Osmanlı Devleti’nde Görev Yapan İspanyol Konsoloslar (1785-1912)”, **Vakanüvis: Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 1, 2017, s. 119-138.
- KARAKOÇ, İrem, “Türk Hukuk Tarihi’nde Uluslararası Andlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 2, 2004, s. 199-254.
- KARAKOÇ, İrem, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık - Yabancılık Statüsü**, Yetkin, İstanbul, 2012.
- KAYA, Ali İrfan, “Venediklilerin 1688 Ağriboz Muhasarası ve Osmanlı Müdafaası”, **ASOS Journal: The Journal of Academic Social Science**, S. 7, 2014, s. 352-360.
- KENANOĞLU, M. Macit / KENANOĞLU, Figen, “Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri: İtalyan Konsolosluğu Mahkemesi Tahrir Defterleri”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 7, 2009, s. 63-70.
- KIEL, Machiel, “Eğriboz”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, C. 10, s. 491-493.
- KIEL, Machiel, “Little-Known Ottoman Gravestones from Some Provincial Centres in the Balkans: Eğriboz/Chalkis, Niğbolu/Nikopol and Rusçuk/Russe”, **Comité International des Études Pré-Ottomanes et Ottomanes Symposium (September 28-30, 1991, Istanbul)**, eds. BACQUE-GRAMMONT, Jean-Louis / TİBET, Aksel, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, C. 1, s. 319-332.
- KILIÇ, Musa, “Osmanlı Devleti’nde Şehbenderlik Kurumu”, **Osmanlı Diplomasi Tarihi: Kurumları ve Tatbiki**, eds. YALÇINKAYA, Mehmet Alaaddin / KURTARAN, Uğur, Altınordu, Ankara, 2018, s. 95-115.
- KIYÇAK, Özgür, “Klasik Türk Edebiyatında Şehbender”, **Turkish Studies: Language and Literature**, C. 14, S. 3, 2019, s. 1297-1318.
- KOCABAŞOĞLU, Uygur, **Majestelerinin Konsolosları: İngiliz Belgeleriyle Osmanlı İmparatorluğu’ndaki İngiliz Konsoloslukları (1580-1900)**, İletişim, İstanbul, 2004.

- KONAN, Belkıs, **Osmanlı Devleti’nde Yabancıların Hukuki Statüsü**, Statü, Ankara, 2013.
- KONTOGIANNIS, Nikos D., “Euripos-Negroponte-Eğriboz: Material Culture and Historical Topography of Chalcis from Byzantium to the End of the Ottoman Rule”, **Jahrbuch der Österreichischen Byzantinistik**, S. 62, 2012, s. 29-56.
- KONTOGIANNIS, Nikos D., “Chalcis: A Historical Overview”, **Venetian and Ottoman Heritage in the Aegean: The Bailo House in Chalcis, Greece**, eds. KONTOGIANNIS, Nikos D. / SKARTSIS, Stefania S., Brepols, Turnhout, 2020, s. 21-30.
- KONTOGIANNIS, Nikos D. / SKARTSIS, Stefania S., “Reading Social Change on a Potter’s Wheel: Chalcis (Euboea) from the Byzantine to the Modern Greek Era”, **Byzantine and Modern Greek Studies**, C. 45, S. 2, 2021, s. 199-221.
- KORTUNAY, Ayhan, “Milletlerarası Hukukta Diplomasi Temsilcileri ve Konsolosların Dokunulmazlık ve Bağışıklıkları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1996.
- KÖSE, Osman, “Balkanlarda Rus Konsolosluklarının Kuruluşu ve Faaliyetleri”, **Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, C. 1, S. 2, 2006, s. 153-171.
- KUL, Muhittin, “Muhasara ve Deprem: Kal’a-i Ağrıboz Tamiratları (1688-1715)”, **History Studies: International Journal of History**, C. 13, S. 1, 2021, s. 69-97.
- KUZUCU, Serhat, “Rusya Ahidname Defterine Göre XVIII. Yüzyılda Osmanlı-Rus Ticari İlişkilerinin Seyri”, **Tarih Araştırmaları Dergisi**, S. 59, 2016, s. 63-84.
- KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., “Ahidname: Türk Tarihi”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1988, C. 1, s. 536-540.
- KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., “Berat”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, s. 472-473.
- LEGRAND, Philippe-Ernest, “Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (I)”, **Revue Archéologique**, S. 30, 1897, s. 41-66, 185-201, 385-404.
- LEGRAND, Philippe-Ernest, “Biographie de Louis-François-Sébastien Fauvel, antiquaire et consul (1753-1838) (II)”, **Revue Archéologique**, S. 31, 1897, s. 94-103, 185-223.
- LOWE, C. G., “Fauvel’s First Trip through Greece”, **Hesperia: The Journal of the American School of Classical Studies at Athens**, C. 5, S. 2, 1936, s. 206-224.
- MAMALOUKOS, Stavros, “The Fortifications of Chalcis (Euripos/NegreponTE/Eğriboz), Greece”, **Defensive Architecture of the Mediterranean (XI)**, eds. GARCÍA-PULIDO, Luis José / NAVARRO PALAZÓN, Julio, Editorial Universitat Politècnica de València, Valensiya, 2020, s. 631-638.

- MAMALOUKOS, Stavros, “A Tale of Two Cities: Chalcis/Negroponte and Chios/Scio during Morosini’s Campaign”, **Morosini e Archeologia: Atti della Giornata di Studio 30 ottobre 2019**, ed. KORRÈ, Katerina B., Istituto Ellenico di Studi Bizantini e Postbizantini di Venezia, Venedik, 2021, 71-89.
- MASSÉ, Alexandre, “French Consuls and Philhellenism in the 1820s: Official Positions and Personal Sentiments”, **Byzantine and Modern Greek Studies**, C. 41, S. 1, 2017, s. 103-118.
- MICHAUD, Hélène, “La nomination d’un consul français a Alexandrie au XVIe siècle”, **Revue d’histoire moderne et contemporaine**, C. 7, S. 3, 1960, s. 233-242.
- MOMDJIAN, Maran, “The Levantine Merchant Consuls of Aleppo: The Commercial Elites (1750-1850)”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **University of California**, Los Angeles, 2017.
- OĞUZ, Mustafa / BALTA, Evangelia, “Le Kanunname de l’Euripe (milieu du XVIe siècle)”, **Osmanlı Araştırmaları**, S. 18, 1998, s. 9-45.
- OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, **Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi**, Legal, İstanbul, 2004.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, **Osmanlı Devletinde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Turhan, Ankara, 2012.
- ÖZEL, Ahmet, “Darüssulh”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1994, C. 9, s. 5.
- ÖZKAPLAN YURDAKUL, Nurcan, **İngiltere Ortadoğu’ya Nasıl Girdi? Basra ve Bağdat’ta İngiliz Konsoloslukları**, Kronik Kitap, İstanbul, 2018.
- ÖZKUL, Ali Efdal, “The Consuls and Their Activities in Cyprus under the Ottoman Administration (1571-1878)”, **Turkish Studies: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, C. 8, S. 2, 2013, s. 239-283.
- PANAITE, Viorel, **The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Tribute Payers**, Columbia University Press, New York, 2000.
- PANAITE, Viorel, “French Capitulations and Consular Jurisdiction in Egypt and Aleppo in the Late Sixteenth and Early Seventeenth Centuries”, **Well-Connected Domains: Towards an Entangled Ottoman History**, eds. FIRGES, Pascal W. / GRAF, Tobias P. / ROTH, Christian / TULASOĞLU, Gülay, Brill, Leiden, 2014, s. 71-87.
- PANAITE, Viorel, **The Ottoman Law of War and Peace: The Ottoman Empire and Its Tribute-Payers from the North of the Danube**, 2. Basım, Brill, Leiden, 2019.
- PARLAZ, Selim, “Ceneviz Konsolos Mektuplarına Göre 1660-1680 Arasında Hollandalı Tüccarların Osmanlı Limanlarındaki Faaliyetleri”, **Tarih İncelemeleri Dergisi**, C. 35, S. 2, 2020, s. 679-700.
- PARMAKSIZOĞLU, İsmet, “Rusya’nın Mikenos Adasında Konsolosluk Kurma Teşebbüsü ve Bununla İlgili Vesikalar”, **Belleten**, S. 161, 1977, s. 125-135.

- PIA PEDANI, Maria, “Venetian Consuls in Egypt and Syria in the Ottoman Age”, **Mediterranean World**, S. 18, 2006, s. 7-21.
- PICCIOTTO, Emilio, **The Consular History of the Picciotto Family**, 1998.
- POUMARÈDE, Géraud, “Naissance d’une institution royale: Les consuls de la nation française en Levant et en Barbarie aux XVIe et XVIIe siècles”, **Annuaire-Bulletin de la Société de l’histoire de France**, 2001, s. 65-128.
- PROUSIS, Theophilus Christopher, **British Consular Reports from the Ottoman Levant in an Age of Upheaval (1815-1830)**, The Isis Press, İstanbul, 2008.
- REÇBER, Kamuran, **Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku**, Dora, Bursa, 2011.
- SALEM, E. R., “Hukuk-ı Beynelmilel: Türkiye’de Memurin-i Siyasiye ve Konsolosların Selahiyet-i Kazaiyeden Masuniyeti”, **Hukuki Bilgiler Mecmuası**, C. 1, S. 7, 1927, s. 371-378.
- SAVAŞ, Ali İbrahim, “Konsolos”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 2002, C. 26, s. 178-180.
- SEVİĞ, Vedat Raşit, “Konsolosun Hukuki Vazifeleri”, **İdare Dergisi**, C. 36, S. 7, 1962, s. 185-187.
- SIGNORI, Umberto, “Supplier pour le consulat: Entre défense des intérêts personnels et service fidèle des consuls vénitiens dans le Levant ottoman (1670-1703)”, **Cahiers de la Méditerranée**, S. 98, 2019.
- STEENSGAARD, Niels, “Consuls and Nations in the Levant from 1570 to 1650”, **Scandinavian Economic History Review**, C. 15, S. 1-2, 1967, s. 13-55.
- ŞAKİROĞLU, Mahmut H., “Balyos”, **DİA**, Türkiye Diyanet Vakfı, İstanbul, 1992, C. 5, s. 43-47.
- ŞİŞMAN, Aysin, “1702-1708 Tarihleri Arasında Türk-Fransız İlişkilerinde Konsolos Arzları ve Bunlara Ait Hükümler”, **Bellekten**, S. 237, 1999, s. 509-557.
- ŞİŞMAN, Aysin, “Osmanlı-Fransız İlişkileri (1740-1789): Konsolos Arzlarına Göre”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2011.
- TEMEL, Mehmet, “18-20. Yüzyıllarda Türkiye-Danimarka İlişkileri”, **Tarih İncelemeleri Dergisi**, C. 22, S. 1, 2007, s. 117-172.
- Tercüman-ı Düvel Defteri: XVIII. Yüzyılda Osmanlı’da Yabancı Konsolosluk Tercümanları ve Hizmetkarları**, ed. POLATCI DEMİRKOL, Türkan, Berikan, Ankara, 2019.
- TURNAGİL, Ahmet Reşit, **İslamiyet ve Milletler Hukuku**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1943.
- TÜRKHAN, Mehmet Sait, “Lazkiye Limanı’nda İngiliz Konsolosları ve Tüccarları (1700-1772)”, **Cihannüma: Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi**, C. 7, S. 2, 2021, s. 229-251.



- “Un consul à Chio nommé par Duquesne”, **Bulletin de la Société de l’histoire du protestantisme français**, S. 85, 1936, s. 444.
- WATENPAUGH, Heghnar Zeitlian, “A French Humanist in the Islamic City: The Chevalier d’Arvieux (1635-1702), Merchant and Consul in Aleppo”, **Thresholds**, S. 27, 2003, s. 18-22.
- WATKINSON, Sarah, “The Stevens Family: Consuls in Malta and the Levant”, **Journal of Maltese History**, C. 5, S. 2, 2018, s. 62-75.
- YILMAZ, Özgür, “Güney Karadeniz’de Yeni Fransız Politikası: Pascal Fourcade ve Sinop Konsolosluğu (1803-1809)”, **Cahiers balkaniques**, S. 42, 2014.
- YILMAZ, Özgür, “Trabzon’da Fransız Varlığının İlk Dönemleri: Pierre Jarôme Dupre’nin Trabzon Konsolosluğu (1803-1820)”, **Karadeniz İncelemeleri Dergisi**, S. 21, 2016, s. 87-120.
- YILMAZ, Özgür, “Fransız Konsolosu Pierre Dupre’ye Göre 1806-1812 Osmanlı-Rus Savaşı’nda Rusların Akçaabat Saldırıları”, **Dünden Bugüne Akçaabat Sempozyumu (12-14 Ekim 2018, Akçaabat)**, ed. ÜÇÜNCÜ, Kemal, Akçaabat Belediyesi, Trabzon, 2019, C. 1, s. 357-368.
- YILMAZ, Tugay, “1760-1849 Tarihli Prusya Ahidname Defterine Göre Osmanlı-Prusya İlişkileri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018.
- ZIVAS, D., “The Turkish Fortress of Karababa”, **Actes VIII. réunion scientifique: Les fortifications depuis l’antiquité jusqu’au Moyen-Age dans le monde méditerranéen (25-29 avril 1968, Athènes)**, Technikó Epimelitírio Elládas, Atina, 1970, s. 147-156.



# Geçmişe Dönük Mükellefiyet Tesisi Hallerinde Kesilen Özel Usulsüzlük Cezalarının Hukuka Uygunluğu<sup>(\*)</sup>

## Legality of Special Irregularity Penalties Imposed in Retroactive Liability Establishment Procedures

Zeynep Nihan ÇAMURCU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Geçmişe dönük mükellefiyet tesislerine bağlı olarak vergi idarelerince kesilen özel usulsüzlük cezalarını, Danıştay istikrarlı biçimde hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay kararlarının yerleşik hal alması üzerine Maliye Bakanlığı genel tebliğ ile mahkemenin görüşünü benimsemiştir. Çalışmanın ana amacı; konu hakkındaki Danıştay içtihadının değerlendirilmesi ve geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde kesilen özel usulsüzlük cezalarının hukuka uygun olup olmadığı, kendi bakış açımız dahilinde ortaya konulmasıdır. İşe başlama bildirimde bulunarak kayıtlı biçimde faaliyet gösteren mükelleflerin “*fatura vermeme*” ve “*elektronik ortamda beyanname vermeme (e-beyanname vermeme)*” fiilleri, özel usulsüzlük cezası kesilmesi yönünde hukuki sonuç doğururken, aynı fiili işleyen kayıtsız mükellefler hakkında kesilen özel usulsüzlük cezalarının iptal edilmesi, doktrinde adil bulunmamış ve Anayasa md.10’da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle -bizim de katıldığımız biçimde- eleştirilmiştir. Yargısal ve idari yorumunun -Anayasaya aykırı bir hukuki sonuç doğurmasına rağmen- halihazırda güncelliğini koruduğunu ve geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde ceza kesilmemesi yönündeki idari uygulamanın çoğunlukla devam ettiğini belirtmek gerekir. Bu konuda bir çalışma yapılması gerektiği fikri her ne kadar anayasal gerekçe ile ortaya çıkmış olsa da, çalışmada özel usulsüzlük cezalarının hukuka uygunluğu idari işlem teorisi temelinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle kesilen cezaların hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmiş ardından Danıştay’ın konu hakkındaki yaklaşımı incelenmiş ve eleştirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler:

Vergi Kabahatleri, Özel Usulsüzlük Kabahati, Mükellefiyet Tesisi, Objektif İmkânsızlık, Kişisel İmkânsızlık.

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 22.08.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545355>

Bu makaleye atf için: ÇAMURCU, Zeynep Nihan, “Geçmişe Dönük Mükellefiyet Tesisi Hallerinde Kesilen Özel Usulsüzlük Cezalarının Hukuka Uygunluğu”, **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 367-393

(\*\*) Dr. Öğr. Üyesi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: zncamurcu@fsm.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4256-0335>

**Abstract:**

The Council of State consistently has found the special irregularity penalties imposed by tax administrations based on retroactive liability establishments to be unlawful. The main purpose of the study is; to evaluate the decisions of the Council of State on the subject and to reveal from our own perspective, whether the special irregularity penalties imposed in retroactive liability establishments are legal. While the acts of “not billing” and “not sending electronic declarations” of taxpayers who fulfill their tax duties on time result in legal consequences of imposing special irregularity penalties, special irregularity penalties imposed on unregistered taxpayers who committed the same act have been cancelled. This situation was not found fair in doctrine on the grounds that it was contrary to the principle of equality. In fact, one of the two taxpayers who commit the same act does not face penalties in an advantageous way compared to the other, and the parties that do not subject to penalties are the taxpayers who operate unregistered. It should be noted that the current judicial and administrative interpretation remains current and the administrative practice continues same way. Although the idea that a study should be conducted on this issue emerged with constitutional justification, the legality of the penalties was evaluated in the study on the basis of the administrative action theory. In the study, firstly, it was evaluated whether the penalties imposed were in accordance with the law, and then the approach of the Council of State on the subject was examined and criticized.

**Keywords:**

Tax Misdemeanors, Special Irregularity, Establishment of Liability, Objective Impossibility, Personal Impossibility.

**GİRİŞ**

Vergi idareleri; vergiyi doğuran olayın tespitine bağlı olarak, vergi kanunlarının amaçlarına aykırı (kayıtsız) biçimde faaliyet yürüten mükelleflerin, mükellefiyet tesislerini geçmişe dönük biçimde yapmaktadır. Bu hallerde mükellefiyet tesis işlemi, verginin aslı ve ferilerini içeren tarh işlemini ve birden çok vergi kabahatini konu alan ceza kesme işlemlerini beraberinde getirir. Geçmişe dönük mükellefiyet tesisine dayalı olarak kesilen cezalardan yalnızca özel usulsüzlük kabahatine ilişkin olanlar, Danıştay tarafından -yerleşik hale gelmiş biçimde hukuka aykırı bulunmaktadır. Danıştay’ın yaklaşımı, idarenin yaklaşımını da etkilemiştir. 10 Nisan 2015 tarihinde 449 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>1</sup> md.2/2 ile (mahkemenin gerekçesi esas alınarak) “*geçmişe dönük biçimde hakkında mükellefiyet tesis edilenlere, beyanname ve bazı formların elektronik ortamda verilmemesine dayalı olarak özel usulsüzlük cezası kesilmeyeceği*” ifade olunmuştur. Genel tebliğ, elektronik ortamda gönderilmesi gereken beyanname ve formlara ilişkin olsa da; yargı kararlarına konu olma sıklığı dikkate alındığında idarenin, “*fatura vermeme*” fiili dolayısıyla da, büyük oranda mahkeme kararını benimsediği ve özel usulsüzlük cezası kesmediği görülmektedir.

<sup>1</sup> RG. 10.04.2015, S. 29322.

Çalışmanın ana amacı; konu hakkındaki yerleşik içtihadın değerlendirilmesi ve geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde kesilen özel usulsüzlük cezalarının hukuka uygun olup olmadığının, kendi bakış açımız dahilinde ortaya konmasıdır.

Aynı kabahati işleyenler hakkında farklı hukuki sonuçların doğmasına neden olan güncel yargısal ve idari yorum doktrinde adil bulunmamış<sup>2</sup> ve Anayasa md.10 da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle -bizim de katıldığımız biçimde- eleştirilmiştir<sup>3</sup>. Ancak doktrindeki eleştirinin dayanağı ilkesel ve anayasaldır. Çalışmada, cezaların hukuka uygunluğu, idari işlem teorisi temelinde değerlendirilecektir. Elbette çalışmaya konu idari işlem bir ceza kesme işlemi olduğu için, hukuka uygunluk denetiminde, kabahatler hukuku (ve onun tabi olduğu ceza hukukunun) temel prensipleri dikkate alınmalıdır.

Çalışmanın ana sorunu ifade edildiği üzere, geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde kesilen özel usulsüzlük cezalarının hukuka uygun olup olmadığıdır. Sistemik olarak öncelikle bu ana sorun incelenecek ve devamında Danıştay'ın konu hakkındaki yorumu ele alınacaktır. Bu aşamada mahkemenin konu hakkındaki kararlarında gerekçe olarak sunduğu bazı hususların alt sorunlar olarak değerlendirilmesi gereklidir. Dolayısıyla nihai olarak Danıştay kararlarında esas alınan gerekçeler irdelenecek ve eleştirilecektir.

Çalışmada, hukuki uyumsuzlığa konu olma sıklığı dikkate alınarak, iki özel usulsüzlük fiili esas alınarak değerlendirmeler yapılacaktır. Bunlar; Vergi Usul Kanunu md.353/1-1 "*fatura ve benzeri vesika vermeme*" fiili ve VUK mük. md.355/6 "*elektronik ortamda beyanname vermeme*" fiilleridir.

## I. ANA SORUN: GEÇMİŞE DÖNÜK BİÇİMDE YAPILAN MÜKELLEFİYET TESİS İŞLEMLERİNDE KESİLEN ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARININ HUKUKA UYGUNLUĞU

### A. Genel Olarak Geçmişe Dönük Mükellefiyet Tesis İşlemleri

Mükellefiyet tesis işlemi, "*vergi kanunlarındaki vergiyi doğuran olayı gerçekleştirmiş ve halihazırda soyut olarak mükellefiyet statüsünü kazanmış mükel-*

<sup>2</sup> "Bu sonucu adil ve hukuki bulmadığımızı belirtmek gerekmektedir. Bu yaklaşım adil değildir zira diğer vergisel ödevlerini yerine getirmiş ve kayıt altına girmiş olan bir mükellef fatura düzenlemediği zaman vergi ziyayı yanında, özel usulsüzlük cezasına muhatap olacakken, hiçbir kaydı olmayan mükellef sadece vergi ziyayı cezası ödeyecektir." KAŞIKÇI, Mahmut / RENÇBER, Altan, **Vergi Ceza Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 674; BALCI, Mustafa, **Kamu İcra Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

<sup>3</sup> BALCI, s. 235.

*lefin*<sup>4</sup>, somut biçimde mükellef olarak kayıt edilmesini sağlayan “*idarenin karar/irade açıklamasıdır*”<sup>5</sup>. Mükellefiyet tesisi hukuki niteliği itibarıyla, yürütülmesi zorunlu/kesin ve birel bir idari işlemdir<sup>6</sup>.

Türk vergi sisteminde, mükellefler<sup>7</sup> büyük oranda beyan esasına dayalı biçimde vergilendirilirler. Bunun sağlanabilmesi için mükelleflere birtakım bildirim ödevleri yüklenmiştir. Bildirim ödevleri, Vergi Usul Kanunu’nun (VUK)<sup>8</sup> - mükellefin ödevlerinin düzenlendiği- ikinci kitabında düzenlenmiştir. İlgili bölümde düzenlenen ilk ödev, mükellefin işe başladığını bildirmesidir. VUK md.153’te işe başlamayı bildirmek zorunda olan mükellefler hükme alınmıştır<sup>9</sup>.

Bildirim ve beyan ödevleri, mükellef tarafından yerine getirilmesi zorunlu ödevlerdir. Fakat vergi idaresinin bu bildirimler ile bağlı olmadığını belirtmek gerekir. Üstelik idarenin bildirimlerin doğruluğunu denetleme yükümlülüğü

<sup>4</sup> ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / Göker, Cenker, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 97.

<sup>5</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 412.

<sup>6</sup> “*Vergi yargısında davaya konu yapılabilecek idari işlem, vergi idaresinin idari işleyişiyle ilgili olarak vergi hukuku alanında tesis ettiği, icra (doğrudan uygulanabilir) ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte, bir başka anlatımla onların hukuki statülerinde, hak ve yükümlülüklerinde değişiklik ya da yenilik yaratan irade açıklamalarıdır. Bunun yanında, herhangi bir makamın onayına tabi olmayan, matrahın ve verginin hesabını değiştirme, muhasebe kayıt ve nizamına ait işlemlerde değişiklik yapma gibi bir takım mali ve hukuki yükümlülükleri beraberinde getiren uyulması zorunlu, kesin ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte işlemler de vergi davasına konu edilebilir... Mükellefiyetin tesis edildiğini bildiren yazı yürütülmesi zorunlu işlemlerdendir.*” AĞAR, Serkan, “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 67, 2006, s. 285; CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargulama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 78-79. Benzer yöndeki Danıştay kararları için bkz. Dan. 9. D., 24.10.2017, E. 2016/2878, K. 2017/7153; Dan. VDDK, 03.07.2019, E. 2018/1232, K. 2019/482; Dan. VDDK, 13.10.2021, E. 2021/351, K. 2021/1257; Aksi yöndeki görüşe göre, mükellefiyet tesisi bir hazırlık işlemidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 354.

<sup>7</sup> Çalışmada her ne kadar “*mükellef*” kavramı kullanılmış olsa da, bazı kısımlarda, mükellef yerine -daha geniş anlam ifade eden ve ceza muhatabını da kapsayan bir kavram olan- *vergi ödevlisi*” kavramının kullanılmasının daha doğru olacağını bilincindeyiz. Bu nedenle çalışmada zaman zaman, mükellef yerine veya mükellefi de kapsar biçimde “*vergi ödevlisi*” kavramını tercih edeceğiz. *Vergi ödevlisi*” kavramının kapsamına ilişkin bkz. SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

<sup>8</sup> RG. 10.01.1961, S. 10703.

<sup>9</sup> “Madde 153 - Aşağıda yazılı mükelleflerden işe başlayanlar keyfiyeti vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar: 1. Vergiye tabi ticaret ve sanat erbabı; 2. Serbest meslek erbabı; 3. Kurumlar Vergisi mükellefleri; 4. Kolektif ve adi şirket ortaklarıyla komandit şirketlerin komandite ortakları. Ticaret sicili memurlukları, kurumlar vergisi mükellefi olup da Türk Ticaret Kanununun 27’nci maddesi uyarınca tescil için başvuran mükelleflerin başvuru evraklarının bir suretini ilgili vergi dairesine yazılı veya elektronik ortamda intikal ettirir. Bu mükelleflerin işe başlamayı bildirme yükümlülükleri yerine getirilmiş sayılır. Bildirim yükümlülüğünü süresi içinde yerine getirmeyen ticaret sicili memurları hakkında işe başlamanın zamanında bildirilmemesine ilişkin usulsüzlük cezası hükümleri uygulanır. Başvuru evraklarının elektronik ortamda intikaline ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca müştereken belirlenir”.

bulunmaktadır<sup>10</sup>. Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesi, işlemlerin ekonomik özünün araştırılması ve buna dayalı olarak vergilendirme yapılması konusunda idareye sorumluluk yükleyen bir yetki unsuru niteliği taşır<sup>11</sup>. İdarenin eylem ve işlemlerinde mükellefin bildirimleri ile bağlı olmadığı açık olduğuna göre- hukuka uygun olmak koşuluyla- vergi mükellefiyetinin başlangıç zamanına ilişkin idarenin, res'en tespit yapma yetkisini haiz olduğu ifade olunmalıdır<sup>12</sup>. Bu çıkarım, VUK md.4'te vergi dairesinin "*mükellefiyeti tespit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden daire*" olarak tanımlanması esas alınarak da yapılabilir<sup>13</sup>. Vergi idaresi, vergi ödevi ilişkisinin başladığına yönelik maddi ve somut tespitleri hukuka uygun biçimde yaparak, geçmişe dönük bir biçimde mükellefiyet tesis edebilir<sup>14</sup>. Bu durum -VUK md.19'da açıkça ifade olunduğu üzere- hukukumuz bakımından vergi ödevi ilişkisinin kurulma anının, idarenin karar açıklamasına değil, vergiyi doğuran olaya tekabül etmesiyle de doğrudan ilişkilidir. Devlet ile mükellef arasında kurulan vergi ödevi ilişkisi hukuki nitelik itibarıyla kamusal bir borç ilişkisidir<sup>15</sup>. Vergi ödevi ilişkisi zamansal olarak vergiyi doğuran olay ile birlikte başlar. Dolayısıyla mükellef hakkında yapılan mükellefiyet tesis işleminin, zamansal olarak vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine kadar geçmişe dönük biçimde yapılması mümkündür. Vergi ödevi ilişkisinin vergiyi doğuran olay ile kurulmasıyla birlikte, mükellef için Vergi Usul Kanunu'ndan kaynaklanan ödevlere ilişkin sorumluluk da başlar.

İşe başlama bildiriminde bulunmadığı ve diğer şekli ödevleri ile maddi ödevini yerine getirmediği tespit olunan mükellef hakkında, öncelikle geçmişe dönük biçimde mükellefiyet tesis edilir. Mükellefiyetin tesisine bağlı olarak ayrıca; verginin aslına ve fer'ilerine ilişkin tarh işlemi yapılır ve VUK md.344'e

<sup>10</sup> KARAOBAN GÜNEŞ, Tuğçe, **Vergi Usul Hukuku'nda Res'en Araştırma İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 131 vd.

<sup>11</sup> AKKAYA, Mustafa, "Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısındaki Konumu", **Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi** içinde, yazarın YALTI, s. 25-44, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 32.

<sup>12</sup> RENÇBER, Altan / OVALIOĞLU, Selin, "Vergi Hukukunda Mükellefiyet Kaydının Res'en Terkini ve Tebligata İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, S. 1, C. 14, s. 89.

<sup>13</sup> RENÇBER / OVALIOĞLU, s. 89.

<sup>14</sup> "Uygulamada, mükelleflerin işe başlamayı bildirmemeleri halinde vergi daireleri ihbar veya şikâyete bağlı olarak yoklama fişine veya denetim tutanakları ile Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi veri tabanı (EVDO kayıtlarına aktarılan) kayıtlarına ilişkin taramalara dayalı olarak elde edilen verilerden yola çıkmak suretiyle mükellefiyet tesis etmektedir." SAĞLAM, Abdi, "İhtilafı Bazı Vergi Cezalarının Vergi Yargısı Bağlamında Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 4, 2014, s. 14.

<sup>15</sup> SABAN, s. 75; KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut, **Vergi Hukuku**. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 162.

dayalı olarak vergi ziyayı cezası, VUK md.352/1-7 uyarınca işe başlama bildiriminde bulunmama dolayısıyla (birinci derece) genel usulsüzlük cezası, VUK md.353, 355 ve mük. md.355 uyarınca da özel usulsüzlük cezaları kesilir.

## B. Cezaların Hukuka Uygunluğu

Gerçekleştirilen bir kabahat dolayısıyla idari para cezası kesilmesine yönelik işlem, hukuki niteliği itibariyle bir idari işlemdir. Tüm idari işlemler, hukuki rejimini belirleyen kurucu unsurlardan oluşur<sup>16</sup>. İdari işlemin unsurları, idari işlemin geçerli şekilde oluşabilmesi için zorunlu olan, eksikliğin tespiti halinde geçersizliğe neden olan unsurlardır<sup>17</sup>. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun<sup>18</sup> 2. maddesine göre, iptal davaları *“idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından”* açılırlar. Dolayısıyla, idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi; idari işlemin unsurları, yani amaç<sup>19</sup>, yetki<sup>20</sup>, şekil<sup>21</sup>, sebep<sup>22</sup> ve konu<sup>23</sup> unsurları tek tek gözetilerek yapılır<sup>24</sup>. Bir idari işlemin hukuka uygunluğu, tüm unsurlarıyla işlemin sıhhatli olmasını ifade eder.

<sup>16</sup> ULU, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 38, 2020, s. 76.

<sup>17</sup> *“İdari işlemin hukuka uygunluğu için uyuması gereken hukuk kurallarının unsur adı altında sınıflandırılması, idari yargıcın ve doktrinin başvurduğu bir “hukuki muhakeme (raisonnement juridique)” yöntemi- dir.”* ULU, s. 77.

<sup>18</sup> RG. S. 17580, T. 06.01.1982.

<sup>19</sup> Amaç unsuru, işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonucu ifade eder ve idari işlemin sübjektif unsurunu oluşturur. Amaç unsuru, işlemi yapan kişinin niyetleriyle alakalıdır. GÖZLER, s. 844; İdari işlemler kamu yararı amacı güderler. GÖZÜBÜYÜK, s. 240.

<sup>20</sup> Yetki unsuru işlemi yapan idarenin işlemi yapma ehliyetinin olması ile ilişkilidir. İdare hukukunda yasal yetkilendirme ilkesi gereğince, yetkisizlik kural, yetkili olma istisnadır. İdari işlemi yapma yetkisi anayasa ve kanunlardan kaynaklanmaktadır. ULU, s. 88; İşlemi yapan kişinin işlemi yapmaya, konu, zaman ve yer itibariyle yetkili olup olmadığını ifade eden unsur idari işlemin yetki unsurudur ve işlemin yapıcısı ile ilgilidir. GÖZLER, s. 843.

<sup>21</sup> Şekil, idari işlemin yapılışında uyulması gereken şekil ve usul kurallarını ifade eder. YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, *İdare Hukuku*, Düzenleyen: Ed. Turan Yıldırım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 445.

<sup>22</sup> İdari işlemin sebep unsuru idareyi işlemi yapmaya yöneltti saiktir/etkendir. İdari işlemin mutlaka önceden nesnel olarak belirlenmiş hukuk kuralına dayanarak yapılması gerekir. GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 10. B, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 152-153; KARAHANOGULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 431 vd.; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. 1, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019, s. 1008 vd.; ÖZTÜRK, K. Burak, *İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi*, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C. 2, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 1033.

<sup>23</sup> İdari işlemin konu unsuru, işlemin hukuk aleminde doğurduğu sonuç yani işlemin hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliği ifade eder ve işlemin içeriği ile ilgilidir. GÖZLER, s. 844; Bir diğer ifadeyle idari işlemin bizatihi kendisini karşılar. YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, s. 386.



Geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde özel usulsüzlük cezası kesilmesinin dava konusu olduğu Danıştay kararlarına bakıldığında, kayıtsız biçimde çalışmayı tercih eden mükellefler bakımından kesilen cezaların (istisnai haller hariç olmak üzere) yetki, amaç ve şekil unsuru yönünden sakatlık taşımadıkları görülmüştür<sup>25</sup>. Elbette, yetki, şekil ve amaç unsurları yönünden sakatlık taşıyan işlemleri içeren somut olaylara, rastlamak mümkündür. Bu hallerde işlemlerin iptali bu unsurlara dayalı olarak yapılacaktır. Ancak (Danıştay’ın konu hakkındaki kararlarının neredeyse bütünü kapsayan) yetkili idare tarafından, kamu yararı amacıyla, şekle ve usulüne uygun yapılmış bir ceza kesme işleminin hukuka aykırılığı iddia ediliyorsa, bu iddia sebep ve konu unsurları yönünden sakatlık taşıdığı tespit edilerek desteklenebilir. Dolayısıyla, hukuka uygunluk denetimine çalışmanın bu kısmından sonra sebep ve konu unsurları temelinde devam edilecektir.

Danıştay kararlarına konu olan geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde kesilen cezaların, sadece “*fatura ve benzeri vesika vermeme*” ve “*elektronik ortamda beyanname vermeme*” fiillerine dayalı olarak kesilenlerden ibaret olmadığını ifade etmek gerekir. Örneğin, Ba-bs formlarının elektronik ortamda verilmemesine dayalı olarak kesilen cezalar<sup>26</sup> da zaman zaman dava konusu olmuştur. Ancak değerlendirmelerimizi -yargı kararlarına konu olma sıklığını gözeterek- iki fiil ile sınırlı biçimde yapmayı tercih ediyoruz.

### 1. Fatura ve Benzeri Evrak Verilmemesi (VUK md.353/1)

VUK md.353/1-1 uyarınca, “*Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, verilmesi ve alınması icabeden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması, düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi, bu belgelerin elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekirken Maliye*

<sup>24</sup> YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, s. 363 vd.

<sup>25</sup> Bkz. Dan. VDDGK, E. 2021/1233, K. 2023/278, T. 29.03.2023, Lexpera İçtihat Bankası; Dan. 4. D, E. 2021/4617, K. 2021/5081, T. 12.10.2021; Dan. VDDGK, E. 2019/1595, K. 2021/135, T. 10.02.2021, www.danistay.gov.tr, E.T. 10.05.2024; Dan. 4.D, E. 2015/1299, K. 2016/252, T. 02.02.2016; Dan. VDDGK, E. 2023/277, K. 2023/449, T. 26.04.2023; Dan. 7. D, E. 2016/7902, K. 2020/4071, T. 15.10.2020; Dan. 4. D, E. 2015/398, K. 2016/3602, T. 21.11.2016; Dan. 4. D, E. 2016/11692, K. 2021/329, T. 19.01.2021, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.05.2024.

<sup>26</sup> “İkrazatçılık faaliyeti nedeniyle katma değer vergisi mükellefi olmayan davacı hakkında gayrimenkul satışları nedeniyle inceleme başlatılarak 2009/1 ila 12. dönemine ait katma değer vergisi beyannamelerinin verilmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezalarında ise, geçmişe dönük olarak katma değer vergisi mükellefiyeti tesis edilmesi suretiyle ceza kesildiğinden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Dan. 4. D, E. 2016/11132, K. 2021/2167, T. 12.04.2021, www.danistay.gov.tr, E.T. 04.06.2024.

*Bakanlığınca belirlenen zorunlu haller hariç olmak üzere kâğıt olarak düzenlenmesi ya da bu Kanununun 227, 231 ve 234 üncü maddelerine göre hiç düzenlenmemiş sayılması halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 240 (3.400) Türk lirasından aşağı olmamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir.”*

Yukarıdaki düzenleme ile; fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ve serbest meslek makbuzu ile ilgili, belge verilmemesi, belge alınmaması ve belgede gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi özel usulsüzlük fiilleri olarak tanımlanmıştır.

Vergi ödevlileri hakkında fatura ve benzeri belge vermemesi<sup>27</sup> dolayısıyla yaptırım uygulanabilmesi için, fatura verilmemesi fiilinin işlendiğinin sabit olması tek başına yeterli değildir. Ek olarak şu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir<sup>28</sup>:

1. Belge düzenlenmesini gerektiren bir muamelenin bulunması
2. Muamelenin taraflarından birinin fatura düzenlemek zorunda olan kişilerden olması.

Yukarıdaki üç koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde ve bu koşulların gerçekleştiğinin somut biçimde idare tarafından tespit edildiği durumlarda, özel usulsüzlük kabahatinin işlendiği ve ceza kesilmesi gerektiği açıktır. Fatura verilmesi zorunlu olan muamelelerin neler olduğu ve muamele taraflarının fatura düzenleme zorunluluğu bulunan kimselerden olduğunun tespiti VUK md.229<sup>29</sup> ve md.232<sup>30</sup> dikkate alınarak yapılır. Perakende satış vesikası, gider pusulası gibi diğer vesikalar için bu koşullar, VUK md.233 ve devamında düzenlenmiştir.

<sup>27</sup> Verme eylemi bir şeyin maliki veya zilyedi tarafından bir başkasına iletilmesi, ulaştırılmasıdır. CANDAN, Turgut, **Vergisel Kabahatler ve Suçlar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 383.

<sup>28</sup> CANDAN, **Vergisel Kabahatler ve Suçlar**, s. 383.

<sup>29</sup> VUK md.229 “Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.”

<sup>30</sup> VUK md.232 “Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler:

1. Birinci ve ikinci sınıf tüccarlara;
2. Serbest meslek erbabına;
3. Kazançları basit usulde tesbit olunan tüccarlara;
4. Defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilere;
5. Vergiden muaf esnafa.

İfadelerimizi somutlaştırmak adına, yetki, şekil ve amaç unsurları yönünden sıhhatli bir işlemi (Danıştay kararlarına konu tipik bir örneği) inceleyelim. Yani işe başlama bildirimini yapmaksızın faaliyet yürüten ve muamelelerinde fatura ve benzeri vesika vermemiş mükellef hakkında kesilen cezaları örnek olarak alalım. Yetkili idare tarafından şekle ve usule uygun biçimde kesilen cezalarda sebep ve konu bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılması gerektiği daha önce ifade olunmuştur. Verilen örnekte -arasında tipiklik ilişkisi kurulması gereken<sup>31</sup>- maddi ve hukuki sebep şu şekildedir:

- Maddi sebep / yaşam olayı<sup>32</sup>: Fatura vb. vesika düzenleme zorunluluğu bulunan kişilerden birinin taraf olduğu ve belge düzenlenmesini gerektiren muamelenin varlığına rağmen fatura verilmemesi.
- Hukuki sebep/ yasa olayı<sup>33</sup>: (VUK md.229 ve devamı hükümleri dahil olmakla birlikte) esas olarak, özel usulsüzlük cezasının düzenlendiği VUK md.353/1'dir.

İşlemin konu unsuru, idari işlemin bizzatı kendisini temsil ettiği<sup>34</sup> için, idari para cezası kesilmesi işlemin konu unsurunu oluşturur.

Yukarıdaki olay, Danıştay'ın geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde hukuka aykırı bulup iptal ettiği özel usulsüzlük cezalarının sadeleştirilmiş bir modelini barındırır. Maddi sebep ve hukuki sebep arasında ilişki tipiklik ilişkisini, sebep ile konu unsuru arasındaki ilişki ise illiyet bağı ilişkisini ifade eder<sup>35</sup>. Örnekte; hem tipiklik, hem de illiyet bağı kurulur ve dolayısıyla kesilen ceza hukuka uygundur. Elbette bu kanaat verilen yukarıdaki örnek olaya özgüdür ve tipiklik ilişkisinin kurulamayacağı başka örnekler de verilebilir. Örneğin, fatura düzenlenmesini gerektirmeyen bir muamelenin varlığında tipiklik ilişkisi kurulamayacağı için bir ceza kesilirse veya yetkisiz bir idare tarafından ceza kesilirse elbette, işlem sırasıyla sebep ve yetki unsurları yönünden sakat olacaktır.

---

Sattıkları emtia veya yaptıkları işler için fatura vermek ve bunlara da fatura istemek ve almak mecburiyetindedirler.

Yukarıdakiler dışında kalanların, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenlerden ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerden satın aldıkları emtia veya onlara yaptırdıkları iş beldelinin 50.000.000 (6.900 TL) lirayı geçmesi veya bedeli 50.000.000 (6.900 TL) liradan az olsa dahi istemleri halinde emtiayı satanın veya işi yapanın fatura vermesi mecburidir.”

<sup>31</sup> YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / TEKİNSOY, s. 382.

<sup>32</sup> SABAN, s. 79.

<sup>33</sup> SABAN, s. 79.

<sup>34</sup> YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / TEKİNSOY, s. 386.

<sup>35</sup> YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / TEKİNSOY, s. 386.

Danıştay'ın kabahatler ve ceza hukukunun temel prensiplerini dikkate alma gerekliliği bakımından doğru bir dayanak noktasından hareket ettiğini ve fakat yanlış bir hukuki sonuca vardığını düşünmekteyiz. Bizde bu kanaati uyandıran, çalışmaya konu kararlarda Danıştay'ın genel gerekçesi olan “*hukuki ve fiili imkansızlık*” iddiasıdır. Mahkemenin görüşünü ve ceza hukukunda “*imkansızlık*” müessesini ayrıntılarıyla II-B başlığında ele alacağımız için, bu aşamada bir diğer özel usulsüzlük fiiline yani “*elektronik ortamda beyanname vermeme*” fiiline ilişkin açıklamalara geçiyoruz.

## 2. Elektronik Ortamda Beyanname Verilmemesi (VUK mük md.355.)

VUK mük. md.355/1'e göre, “*Bu Kanunun 86, 148, 149, 150, mükerrer 242, 256 ve 257'nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci maddesi ve Gelir Vergisi Kanununun 98/A maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan*”lara özel usulsüzlük cezası kesilir.

VUK mük. md.355/6 uyarınca, “*Elektronik ortamda beyanname verilmesi mecburiyetine uyulmaması halinde kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası, beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 30 gün içinde verilmesi halinde 1/10 oranında, bu sürenin dolmasını takip eden 30 gün içinde verilmesi halinde ise 1/5 oranında uygulanır.*”

Yukarıdaki düzenlemeler, VUK md.257/1-4 de tanınan yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığı'nca getirilen ve amacı VUK 340 Sıra Numaralı Genel Tebliği'nde<sup>36</sup>, “*mükelleflerin vergilendirmeye ilişkin ödevlerini yerine getirmede, gelişen bilgi işlem teknolojilerinden yararlanmak, vergi beyannameleri ile bildirim ve eklerinin kolay, hızlı, ekonomik ve güvenilir bir şekilde idareye intikalini sağlamak, vergi beyannamelerinin doldurulmasındaki hataları en aza indirerek mükellef mağduriyetini önlemek, vergi dairesinin beyanname kabul, tarh, tahakkuk ve tahsilat işlemlerini azaltarak iş ve işlemlerini kolaylaştırmak ve diğer alanlarda mükellefe daha iyi hizmet vermesini sağlamak*” şeklinde ifade olunan vergi beyannamelerinin elektronik ortamda verilmesi zorunluluğuna aykırı davranışın yaptırımını düzenlemektedir.

VUK mük. md.355/7'ye göre, “*Elektronik ortamda beyanname ile bildirim ve form verme mecburiyetine uymayanlara bu maddeye göre ceza kesilmesi halinde, 352 nci maddenin birinci derece usulsüzlüklerle ilgili (1) numaralı bendi ile ikinci derece usulsüzlüklerle ilgili (7) numaralı bendi uyarınca ayrıca ceza kesilmez.*”

<sup>36</sup> RG. 30.09.2004, S. 25599.

Yasanın lafzı dikkate alındığında “*elektronik ortamda beyanname verilmesi*” fiili özel usulsüzlük kabahatinin hareket unsurunu oluşturur<sup>37</sup>. Elektronik beyanname verme zorunluluğu olanların yasal süresi içerisinde bu zorunluluğu yerine getirmemeleri halinde, kabahat işlenmiş olur<sup>38</sup>. VUK mük. md.257’nin Maliye Bakanlığı’na verdiği yetkiye dayanarak Bakanlık, elektronik beyanname verilmesinde izlenecek usulü genel tebliğler ile düzenlemiştir<sup>39</sup>. Genel tebliğler ile, hem vergi beyannamelerinin ve bildirimlerin internet ortamında gönderilmesine ilişkin usul belirlenmiş, hem de kimlerin hangi beyanname ve bildirimleri elektronik ortamda iletileceği düzenlenmiştir. 346 Sıra No.lu Genel Tebliğ’in<sup>40</sup> 1. maddesinde<sup>41</sup> hangi beyannamelerin elektronik ortamda gönderileceği düzenlenmiştir. 346 Sıra No.lu Genel Tebliğ’in 2. maddesinde<sup>42</sup> beyannamelerini elektronik ortamda göndermek zorunda olanlar, belirli hadler esas alınarak belirlenmiştir. 376 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>43</sup> ile de hiçbir

<sup>37</sup> Candan’ın ifadesiyle “*vergi beyannamelerinin elektronik ortamda verilmemesi eyleminin*” değil “*vergi beyannamelerinin verilmesinde elektronik ortamın kullanılmaması*” eyleminin özel usulsüzlük fiili düzenlenmesi kanunun amacına daha çok hizmet ederdi. Çünkü “*beyannamenin verilmesinde uygun aracın kullanılmaması eylemi ile beyanname verme ödevinin yerine getirilmemesi eylemi, birbirinden tamamen farklı eylemlerdir*”. Üstelik, aynı tür hukuka aykırılık teşkil eden eylemler (beyannamenin yasal süresi içerisinde verilmemesi) için, basılı biçimde (kağıt) beyanname verenler ve elektronik ortamda beyanname vermek zorunda olanlar açısından farklı cezaların (biri için genel diğeri için özel usulsüzlük cezası) öngörülmesi, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu hususta yazarın yaklaşımını paylaşıyoruz. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. CANDAN, **Vergisel Kabahatler ve Suçlar**, s. 461-463.

<sup>38</sup> SAĞLAM, s. 12.

<sup>39</sup> Bu kapsamda 340, 346, 357, 367, 373, 376 Sıra No.lu Genel Tebliğler yayınlanmıştır.

<sup>40</sup> RG. 03.03.2005, S. 25744.

<sup>41</sup> 340 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği md.1’e göre, “1. Elektronik Ortamda Gönderilmesi Zorunlu Beyannameler:

Vergi Usul Kanununun mükerrer 257’nci maddesinin Bakanlığımıza verdiği yetkiye istinaden, aşağıda belirtilen beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmesi mecburiyeti getirilmiştir.

- a) Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi,
- b) Kurumlar Vergisi Beyannamesi,
- c) Geçici Vergi Beyannamesi,
- d) Özel Tüketim Vergisi Beyannamesi (2/a beyannamesi hariç),
- e) Özel İletişim Vergisi Beyannamesi,
- f) Şans Oyunları Vergisi Beyannamesi.”

<sup>42</sup> 346 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği md.2’ye göre, “2. Beyannameleri Elektronik Ortamda Göndermek Zorunda Olanlar: 31/12/2004 tarihi itibarıyla aktif toplamı 200 milyar Türk Lirasını (200.000 YTL) veya 2004 hesap dönemine ait ciroları toplamı 400 milyar Türk Lirasını (400.000 YTL) aşan ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden dolayı gerçek usulde vergilendirilen Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi mükellefleri, Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesi, Kurumlar Vergisi Beyannamesi ve Geçici Vergi Beyannamelerini elektronik ortamda göndermek zorundadırlar... Özel tüketim vergisi, özel iletişim vergisi ve şans oyunları vergisi mükellefleri, yukarıda yer alan hadlerle sınırlı olmaksızın Özel Tüketim Vergisi Beyannamesi, Özel İletişim Vergisi Beyannamesi ve Şans Oyunları Vergisi Beyannamesini elektronik ortamda göndermek zorundadırlar.”

<sup>43</sup> RG. 18.10.2007, S. 26674.

hadle sınırlı olmaksızın beyannamelerini elektronik ortamda iletmek zorunluluğu bulunanlar sayılmıştır<sup>44</sup>.

VUK mük. md.355/1'e göre vergi beyannamelerinin elektronik ortamda vergi idaresine gönderilmemesi (sistem hatası vb. gibi mükelleften kaynaklı olmayan haller hariç olmak üzere) fiilin vergi ödevlisi tarafından açık olarak işlendiği durumlarda kabahat gerçekleşir. Ancak bu durumda da ek koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Kesilen cezanın hukuka uygun olması için; elektronik beyanname vermeyen kişinin, beyannamesini elektronik ortamda vermek zorunda olan kişilerden olduğunun ve söz konusu beyannamenin elektronik ortamda gönderilmesi zorunlu bulunan beyannamelerden olduğunun somut biçimde idare tarafından tespit edilmesi gerekir.

Elektronik ortamda beyanname verilmemesi fiiline dayalı olarak yapılan ceza kesme işleminde sebep unsuru aşağıdaki şekildedir:

- Maddi sebep / yaşam olayı<sup>45</sup>: Beyanname verme zorunluluğu bulunan kişilerce (verilmesi zorunlu olan) beyannamelerin, elektronik ortamda verilmemesi/sistem üzerinden idareye iletilmemesi.
- Hukuki sebep/ yasa olayı<sup>46</sup>: (VUK mük. md.257/4 dahil olmakla birlikte) esas olarak, özel usulsüzlük cezasının düzenlendiği VUK mük. md.355/1'dir.

Yukarıda maddi ve hukuki sebebi yazılan idari işlemin kendisi, yani özel usulsüzlük cezası kesilmesi işlemi bizatihi işlemin konu unsurunu oluşturur. Beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmemesine ilişkin kabahat, beyannamenin elektronik ortamda gönderilmesi yönünde hukukun ödevliye yüklediği sorumluluğun yerine getirilmesini güvence altına alır. VUK mük. md.257'de düzenlenen şekli ödevlere ilişkin, idareye verilen geniş esas ve usul belirleme, zorunluluk getirme ve kaldırma yetkileri, maddeyi anayasal bakımdan tartışılabilir hale getirir. Ancak konunun anayasal yönüyle (kanunilik ilkesi yönünden)

<sup>44</sup> 376 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'ne göre, "Elektronik beyanname uygulamasının yaygınlaştırılması amacıyla aşağıdaki açıklamaların yapılmasına gerek görülmüştür.

1-Ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden dolayı gerçek usulde vergilendirilen Gelir Vergisi mükelleflerine hiçbir hadle sınırlı olmaksızın Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesini ve Geçici Vergi Beyannamelerini elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirilmiştir...2- Ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden dolayı gerçek usulde vergilendirilen Gelir Vergisi mükellefleri ile Kurumlar Vergisi mükelleflerine hiçbir hadle sınırlı olmaksızın Muhtasar ve Katma Değer Vergisi Beyannamelerini elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirilmiştir."

<sup>45</sup> SABAN, s. 79.

<sup>46</sup> SABAN, s. 79.

ayrıntılarıyla ele alınması, çalışmayı amacı dışında genişleteceği için bu aşamada değerlendirilmeyecektir. İdareyi bir işlemin yapmaya sevk edecek neden, yani işlemin sebep unsuru maddi bir olay olabileceği gibi o işlemde önce yapılmış başka bir işlem de olabilir<sup>47</sup>. Ancak Danıştay'ın eleştirdiğimiz ve atıfta bulunduğumuz kararlarında, idari para cezası kesmeye yönelik işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirdiğimizi yinelemek gerekir. Bu bakımdan işlemin maddi sebebi, mükellefiyet tesisi değil kabahat fiilidir. Nihai olarak, mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında, ceza kesme işleminin bu halde de yani “*elektronik ortamda beyanname vermeme*” dolayısıyla kesilen cezalar bakımından da sebep ve konu unsuru yönünden sıhhatli olduğunu ifade etmek gerekir.

## II. GEÇMİŞE DÖNÜK MÜKELLEFİYET TESİSLERİNDE KESİLEN ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARININ HUKUKA AYKIRI OLDUĞU DÜŞÜNCESİ: YARGISAL VE İDARİ YORUM

### A. Genel Olarak

Danıştay'ın konu hakkında yerleşik hale gelmiş kararlarında ana hukuki gerekçe, fiilin işlenmesinde “*hukuki ve fiili imkansızlık*”<sup>48</sup> olduğudur.

Mahkemeye göre, “*213 sayılı Kanununun 19’uncu maddesi uyarınca, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülüyle*

<sup>47</sup> GÜNDAY, s. 153.

<sup>48</sup> “vergi tekniği raporuna istinaden geçmişe dönük mükellefiyet tesis edilerek satışını yaptığı taşınmazlar için fatura düzenlemediğinden bahisle ... davaya konu özel usulsüzlük cezası kesilmiş olup taşınmazların satış tarihi itibarıyla mükellefiyeti, fatura bastırma hak ve yetkisi olmayan davacının fatura düzenlemesi mümkün olmayıp... dava konusu özel usulsüzlük cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı.” Dan. 4. D. E. 2021/4617, K. 2021/5081, T. 12.10.2021, www.danistay.gov.tr; “30/07/2012 tarihli yoklama tutanağı ile geçmişe dönük olarak davacı adına mükellefiyet tesis edilmiş ... mükellefiyet tesis işleminin davacıya tebliğ tarihi olan 03/10/2012 tarihinden önceki dönemlerde davacı adına henüz mükellefiyette haberdar olmadığından ve beyanname vermesi mümkün bulunmadığından dava konusu özel usulsüzlük cezalarının 20/07/2012 tarihinden önceki dönemlere ait kısmında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Dan. VDDGK, E. 2019/1595, K. 2021/135, T. 10.02.2021, www.danistay.gov.tr; “Uyuşmazlık konusu dönemde henüz mükellefiyeti olmayan davacı adına geriye dönük olarak şekilde mükellefiyet tesis edilmiştir. Davacı tarafından ilgili dönemde elektronik ortamda beyanname verilmesi hukuken ve fiilen mümkün olmadığından kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuka uygunluk bulunmamaktadır” Dan. VDDGK, E. 2023/277, K. 2023/449, T. 26.04.2023, Lexpera İçtihat Bankası; “Öte yandan, dava konusu edilen dönemde mükellefiyet kaydı henüz yapılmamış olan davacının beyannamelerini elektronik ortamda verme imkanı bulunmadığından, davacı hakkında geriye dönük olarak tesis edilen vergi mükellefiyetine istinaden geçmiş dönemlere ilişkin beyannamelerin elektronik ortamda verilmediğinden bahisle Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 355. maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuki isabet görülmemiştir. Gerekli izinler alınmaksızın yasalara aykırı bir şekilde yürütülen ikrazatçılık faaliyeti dolayısıyla belge basım izni alınması ve fatura bastırılması mümkün olmadığından, bu faaliyet nedeniyle fatura düzenlenmesi zorunluluğundan söz edilemez. Bu durumda, davacı adına Vergi Usul Kanunu’nun 353. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet bulunmamaktadır.” Dan. VDDGK, E. 2021/1233, K. 2023/278, T. 29.03.2023, Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 20.06.2024.

*ortaya çıkan vergi alacağının doğumu için, mükellefiyetin tesis edilmiş olması ön koşul değildir. Bu gibi durumlarda, tarh zaman aşımı süresine bağlı olarak geriye dönük vergilendirme yapılması, İdarece geçmişe yönelik mükellefiyet tesis edilmesini de zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte; geçmişe yönelik mükellefiyet tesis edilenler için, 213 sayılı Kanunda öngörülen beyan, bildirim ve bilgi verme ödevlerinin ihlal edildiğinden bahsetmede olanak bulunmamaktadır<sup>49</sup>”*

Benzer yöndeki bir başka kararında Danıştay şu ifadelerle yer vermiştir; *“mükellefiyet kaydı tesis edildikten sonra mükellefiyete bağlı sorumlulukların ancak ileriye yönelik olarak yerine getirilmesinin beklenebileceği, işe başlama tarihi ile mükellefiyetin tesis edildiği tarih arasındaki dönemlerde elektronik ortamda beyanname verilmesinin hukuken ve fiilen mümkün değildir<sup>50</sup>.”* Mahkeme, aynı yaklaşımı yani fiilin işlenmesinde *“hukuki ve fiili imkansızlık”* bulunduğu yönündeki yaklaşımını fatura ve benzeri vesika vermeme fiili dolayısıyla kesilen cezaların konu olduğu davalarda da tekrarlamıştır.

Danıştay, *“henüz mükellefiyet kaydı bulunmayan ve fatura bastırma hak ve yetkisine sahip olmayan davacının, fatura düzenlemesi mümkün olmadığından<sup>51</sup>”* kesilen cezalarda hukuka uygunluk bulunmadığına hükmetmiştir. Burada altını çizdiğimiz ifadeye dikkat çekme ihtiyacı hissettik, çünkü fatura bastırmak bir hak ve yetki değil, bir ödevdir. Vergi kanunları uyarınca faaliyetine devam eden mükellefin, VUK md.229 ve devamında düzenlenen fatura düzenleme ve verme yönündeki ödevini yerine getirebilmesi, Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan matbaaya, öncelikle 274 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>52</sup> uyarınca *“mükellef olduklarını belirten ve belge bastırmalarında sakınca bulunmadığını belirten”* yazıyı sunmaları gerekir veya 159 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>53</sup> uyarınca matbaadan aldıkları fatura ve benzeri belgeleri yine mükellef olduklarını gösterir belge ve numara ile noterde tasdik ettirmeleri gerekir. Fatura ve benzeri belgelerin elektronik ortamda düzenlenmesi usulü ise, 509 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>54</sup> düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, fatura verme ödevine uyulması için öncelikle mükellef tarafından işe başlamanın bildirilmesi ve mükellefiyet tesis edilmesi, ardından fatura bastırılması

<sup>49</sup> Dan. 4. D. E. 2015/3981, K. 2016/3602, T. 21.11.2016, Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 13.05.2024.

<sup>50</sup> Dan. VDDGK, E. 2023/277, K. 2023/449, T. 26. 04. 2023, Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 10.05.2024.

<sup>51</sup> Dan. 4. D, E. 2021/4617, K. 2021/5081, T. 12.10.2021, Legalbank İçtihat Bankası, E.T. 10.05.2024.

<sup>52</sup> RG. 28.05.1999, S. 23708.

<sup>53</sup> RG. 11/12/1984, S. 18602.

<sup>54</sup> RG. 19/10/2019, S. 30923.



yönündeki şekli ödevlere vergi ödevlisinin uyması gerekir. Bu bakımdan fatura verme ödevinin yerine getirilebilmesi için öncelikle faturanın Maliye Bakanlığı ile anlaşmalı bir matbaada bastırılması veya temin edilen faturaların noterde tasdik ettirilmesi gerekir. Bu iki ödev arasında (yani faturaların bastırılmak suretiyle temin edilmesi ve muameleye dayalı olarak fatura düzenlenmesi arasında) zorunlu bir öncelik-sonralık/sebeup-sonuç ilişkisi vardır. “*Fatura bastırmak*” bir hak ve yetki olarak tanımlanamaz. Hak, hukukça korunan menfaatlerdir<sup>55</sup>, vergi ödevleri ise vergi kanunlarının mükellefe yüklediği maddi ve şekli sorumlulukları/yapılması gereken şey’leri ifade eder. Kanaatimizce, bu kavramlar karıştırılmak ve benzetilmek bir yana, zıt anlamları karşılar. Bu bakımdan, Danıştay’ın “*fatura bastırmak*” ödevini “*hak*” olarak tanımlaması açıkça hatalıdır.

Genel “*hukuki ve fiili imkansızlık*” gerekçesini tekrarladığı fakat bazı ek gerekçeleri dolayısıyla incelenmesini önemli bulduğumuz bazı kararlarında Danıştay, aşağıdaki ifadelere yer vererek ceza kesme işlemlerini iptal etmiştir. Bunlar:

- “... vergi mükellefiyetinin bulunmadığı dönem içerisinde elektronik ortamda beyanname verme yükümlülüğünden söz edilemez<sup>56</sup>”
- “213 sayılı Vergi Usul Kanunu’ndan doğan yükümlülüklerin ancak mükellefiyet tesisi ile ve bu hususun bildiriminden itibaren başlayacağı, henüz mükellef olunmayan dönemler için elektronik ortamda beyanname verilmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle ... iptaline<sup>57</sup>”

Danıştay’ın, mükellefin şekli vergi ödevlerinin zamansal olarak başlangıcını mükellefiyet tesisine, yani idarenin karar açıklamasına bağladığını göstermesi bakımından yukarıda alıntılanan kararlar önem arz eder. Acaba Türk Vergi Hukuku’nda mükellefin şekli ödevleri gerçekten de zamansal olarak mükellefiyet tesisi ile mi başlar? Bir diğer ifadeyle mükellefin şekli ödevlerine ilişkin sorumluluğunun başlaması için idarenin karar açıklaması zorunlu mudur? Bu sorulara çalışmanın devam eden kısmında cevap arayacağız.

Mahkemenin konu hakkındaki kararları yerleşik bir hal almıştır. Bunun ardından 2015 yılında 449 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği<sup>58</sup> yayınlanmıştır. Tebliğin 2/2’nci maddesi ile idare, mahkemenin yorumunu benimsemiştir. Tebliğin 2/2’nci maddesi şöyledir:

<sup>55</sup> KEYMAN, Selahattin / TOROSLU, Haluk, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 143.

<sup>56</sup> Dan. 4. D. E. 2015/1299, K. 2016/252, T. 02.02.2016, Lexpera İhtihat Bankası, E.T. 13.04.2024.

<sup>57</sup> Dan. 7. D. E. 2016/7902, K. 2020/4071, T. 15.10.2020, Lexpera İhtihat Bankası, E.T. 13.04.2024.

<sup>58</sup> RG. 10.04.2015, S. 29322.

“... Mükellefiyet tesisini gerektiren yükümlülük meydana gelmesine rağmen mükellefiyetin süresinde tesis edilmediği hallerde durumun tespitini müteakip geçmişe yönelik mükellefiyet tesis edilmekte ve mükelleflere, elektronik ortamda yerine getirilmesi gereken söz konusu yükümlülüklerini süresinde yerine getirmemeleri nedeniyle özel usulsüzlük cezaları tatbik edilmektedir.

Kesilen bu cezalara karşı açılan davalarda, yargı mercilerince, geriye yönelik mükellefiyet kaydı tesis edildikten sonra mükellefiyete bağlı sorumlulukların ancak ileriye yönelik olarak yerine getirilmesinin beklenebileceği, işe başlama tarihi ile mükellefiyetin tesis edildiği tarih arasındaki dönemlerde elektronik ortamda beyanname verilmesinin hukuken ve fiilen mümkün olmadığı, elektronik ortamda beyanname vermesi gerektiğinden haberdar olmayan davacı adına beyanname vermediğinden hareketle ceza kesilemeyeceği gibi gerekçelerle bu cezaların kaldırılması yönünde verilen kararlar müstakar hale gelmiştir.

Müstakar hale gelen yargı kararları sonucu kaldırılan söz konusu cezalarla ilgili olarak, idare ile mükellefler arasında ihtilaflara ve idarenin gereksiz yere yargılama gideri ödemesine mahal vermemek için bundan sonra geçmişe yönelik mükellefiyet tesis edilenlere elektronik ortamda beyanname ve bildirimlerin verilmemesi nedeniyle, söz konusu beyanname ve bildirim verilmeyen dönemlere ilişkin olarak Kanunun mükerrer 355 inci maddesi uyarınca özel usulsüzlük cezası veya 352 nci maddesi uyarınca usulsüzlük cezası kesilmeyecektir.

... Diğer taraftan, beyanname verilmemesi nedeniyle söz konusu mükellefler hakkında geçmişe yönelik olarak verginin tarh edilmesine, süresinde tahakkuk etmeyen vergiler için vergi ziyai cezası kesilmesine ve işe başlamanın süresinde bildirilmemesi nedeniyle Kanunun 352/I-7 maddesi hükmü uyarınca usulsüzlük cezası kesilmesine yönelik işlemlerin yapılmasına devam edileceği tabiidir.”

Yukarıda metinleri alıntılanan idari ve yargısal yorumları dikkate alarak, mahkemenin ve idarenin bakış açısında tespit ettiğimiz sorunları çalışmanın alt sorunları olarak değerlendireceğiz. Bu sorunlar temel itibarıyla şunlardır:

- 1 Fatura bastırmak bir hak ve yetki midir?
- 2 Kabahatin işlenmesinde “hukuki ve fiili imkânsızlık” var mıdır?
3. Vergi ödevleri mükellefiyet tesisi ile mi başlamaktadır? Dar anlamda vergi borcu-geniş anlamda vergi borcu (vergi ödevi) ilişkisinin kurulma anı ne zamandır?

Bu sorulardan ilkinin yani “*Fatura bastırmak bir hak ve yetki midir?*” sorusunun cevabı oldukça açık olduğu için mesele ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir. Ancak diğer iki soruya aşağıda ayrıntılarıyla cevap arayacağız.

## B. “*Hukuki ve Fiili İmkânsızlık*” İddiası

Danıştay’ın yerleşik hale gelmiş kararlarında geçen “*hukuki ve fiili imkânsızlık*” gerekçesi ile ifade etmek istediği hukuki anlam anlaşılmamaktadır. Mahkeme kararlarında kavramın içeriğini açıklamamış, mükellefiyet kaydı olmaksızın<sup>59</sup> (dolayısıyla) levha numarası olmadan<sup>60</sup> mükelleflerin “*fatura bastırmak*” ve gerekli elektronik şifreleri olmadan<sup>61</sup>, “*elektronik ortamda beyanname vermek*” konusunda hukuki ve fiili imkânsızlık içerisinde olduklarını belirtmekle yetinmiştir.

Vurgulamak gerekir ki, ne vergi hukukunda, ne idare hukukunda ne de kabahatler hukukunda/ceza hukukunda kavramsal olarak “*hukuki ve fiili imkansızlık*” müessesesi mevcuttur. Kavramın içeriğinin anlaşılması çok önemlidir. Şayet yargısal yorum yoluyla bir prensibe dayalı tutum sergilenenirse ki mevcut uyumsuzluk bakımından “*hukuki ve fiili imkânsızlık*” gerekçesi yerleşik hal alarak bir bakıma -mahkeme açısından- ilkeselleştirilmiştir, “*hukuki ve fiili imkân-*

<sup>59</sup> “... Kanun’un 353’üncü maddesine göre, özel usulsüzlük cezası, fatura düzenlenmesi gerektiği halde düzenlemeyen vergi mükellefleri adına kesilebileceğinden; faaliyetini vergi idaresinin bilgisi dışında bıraktığı saptanarak adına bu nedenle sonraki yıllarda mükellefiyet tesis edilen vergi yükümlülerinin, Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre, fatura, makbuz ve benzeri belge düzenleyemeyecekleri göz önüne alındığında, bu gibi durumlarda eylem tarihinde özel usulsüzlük eyleminin yasal unsuru olan şekle ve usule aykırılığın oluştuğundan söz edilemeyeceği açık olup... davacı hakkında geçmişe dönük mükellefiyet tesis edilerek kesilen... özel usulsüzlük cezası hukuka uygun bulunmadığından...” Adana BİM 1. Vergi Dava Daire, E. 2020/701, K. 2020/513, T. 17.12.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; “Faaliyetini vergi idaresinin bilgisi dışında bıraktığı vergilendirme döneminde sonra saptanarak adına mükellefiyet tesis edilen vergi yükümlülerinin, kayıt ve beyan dışı bırakılan kazançları Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre düzenlenen defter ve belgelere dayanmadığı ve düzenleyebilecekleri faturaları da bulunmadığı için usulsüzlük eyleminin yasal unsuru olan şekle ve usule aykırılığın oluştuğundan söz edilemeyeceğinden ceza bir varsayımına dayandırılmış olacaktır. ... kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Dan. 4. D., E. 2016/11692, K. 2021/329, T. 19.01.2021, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 13.04.2024.

<sup>60</sup> VUK 159 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği uyarınca matbaadan aldıkları fatura ve benzeri belgeleri yine mükellef olduklarını gösterir belge ve numara ile noterde tasdik ettirmeleri gerekir. Veya mükellefler, Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkındaki Yönetmelik uyarınca, Maliye Bakanlığı ile anlaşmalı kurumlardan yine mükellef olduklarını gösterir belge ile fatura ve benzeri belgeleri temin ederler.

<sup>61</sup> Elektronik ortamda beyanname gönderme ile ilgili usul ve esaslar 340 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde belirlenmiştir. Söz konusu Tebliğde, elektronik ortamda beyanname göndermek için kullanıcı kodu, parola ve şifre almak isteyenlerin Elektronik Beyanname Gönderme Talep Formu ve Taahhünamesini, elektronik beyanname göndermek için aracılık yetkisi almak isteyenlerin ise Elektronik Beyanname Gönderme Aracılık Yetkisi Talep Formu ve Taahhünamesini doldurarak bağlı oldukları vergi dairesine müracaat etmesi yönünde düzenleme yapılmıştır.

*sızlık*” kavramının neyi ifade ettiği somut biçimde ortaya konulmalıdır. Ancak bu halde hangi somut olayın, “*hukuki ve fiili imkânsızlık*” kapsamında değerlendirilebileceği tespit olunabilir.

Ceza kesilmesine yönelik idari işlemin hukuka uygunluğu değerlendirilirken, özellikle tipiklik ilişkisi ve illiyet bağı ilişkisi kurulurken, kabahatler hukukunun ve dolayısıyla ceza hukukunun temel prensipleri dikkate alınmalıdır. Danıştay’ın da -olması gerektiği gibi- ceza hukukunun temel prensiplerini dikkate aldığını ve “*hukuki ve fiili imkânsızlık*” ile kastettiği hukuki müessesenin, ceza hukukundaki “*imkânsızlık*” müessesesi olduğunu varsaymaktayız. Bu ifadenin nedeni, bir diğer deyişle bu tespitin bir varsayım olmasının nedeni, Danıştay’ın kararlarında ceza hukukunda ifade edildiği biçimde “*objektif imkânsızlık*” veya “*kişisel imkansızlık*” kavramlarına yer vermemiş olmasıdır. Üstelik mahkeme kararlarında, içeriksel olarak da “*hukuki fiili imkânsızlık*” kavramını açıklama gereği duymamıştır. Fatura vermediği veya elektronik ortamda beyanname vermediği açık olan mükellef için, ancak ceza hukuku anlamında “*imkânsızlık*” söz konusu ise kabahat dolayısıyla cezalandırılmayacağını kabulü mümkün olur. Varsayımımız bu nedene dayanmaktadır.

Bu aşamada iki sorunun cevaplanması gerekir. Ceza hukukunda “*imkânsızlık*” müessesesi neyi ifade eder ve hangi hukuki sonucu doğurur? İkincisi ise iradi olarak işe başlama bildiriminde bulunmayan mükellef için mükellefiyet kaydının yokluğu, fatura verme ve elektronik ortamda beyanname verme ödevlerinin yerine getirilmesini ceza hukuku anlamında “*imkânsız*”laştırır mı?

Kabahatler hukuku, ceza hukuku bütünü içerisinde ve esas itibariyle ortak prensipleri paylaşırlar. Dolayısıyla artık ceza hukukundaki “*imkânsızlık*” halini ele alacağız. Çalışmanın konusunu oluşturan her iki kabahat fiili yani “*fatura vermeme*” ve “*elektronik ortamda beyanname vermeme*” fiilleri ihmali-dir<sup>62</sup> ve kabahatin oluşmasında fiilin işlenmesi yeterli olduğu için (kabahatin oluşması için ayrıca bir netice aranmadığından) suçlar sırf hareket suçlarıdır<sup>63</sup> ve

<sup>62</sup> Emir kuralı belirli bir hareketin yapılmasını emrediyorsa, kurala aykırılık teşkil eden olumsuz davranış ihmali suçu oluşturur. ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 328; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 403; KAŞIKÇI / RENÇBER, s. 485; “*İhmal, davranış normlarıyla ve dolayısıyla, hukuk kurallarıyla, kişiye belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir.*” ÖZGENÇ, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 4, 2021, s. 305.

<sup>63</sup> İhmalî suçlar, olumsuz hareketin yapılmasıyla gerçekleşeceğinden sırf hareket suçlarıdır ve cezalandırma için bir neticenin ortaya çıkıp çıkmadığına bakılmaz. ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 330; KAŞIKÇI / RENÇBER, s. 504.

tehlike suçu kategorisinde yer alır<sup>64</sup>. Kanunun kişiden beklediğinin yapılmaması, kanun emrine uyulmaması (işlememek, yapmamak şeklindeki eylemler) ihmali suça vücut verir<sup>65</sup>. Kabahatler Kanunu md.7’ye göre, “*Kabahat icrai ve ihmali bir davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir.*” Özel usulsüzlük kabahati bakımından kabahatin vücut bulması için, kişiye hukukun yüklediği bir yükümlülüğün/ödevin bulunması<sup>66</sup> tek başına yeterli olmaz. Ayrıca hukukun yüklediği ödev, yerine getirilmesi “*mümkün*” bir ödev olmalıdır<sup>67</sup>.

Vergi Usul Kanunu VUK md.229 ve devamı “*fatura verme*” ödevini düzenlemektedir. “*Beyannamenin elektronik ortamda verilmesi*” ödevi ise VUK mük. md.257 de verilen yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından genel tebliğler ile düzenlemiştir. Bu bakımdan hukukun yapılmasını emrettiği yükümlülükler/ödevler söz konusudur.

Ödevin yerine getirilmesinin ceza hukuku anlamında “*imkansız*” olması halinde, vergi ödevlisine cezanın kesilmesi hukuka aykırı olacaktır. Peki hangi haller “*imkansızlık*” kapsamında değerlendirilir?

Ceza hukukunda “*imkansızlık*” iki türdür. Bunlardan ilki “*objektif/fiziksel imkansızlıktır*”. İhmali davranışın nedensel olduğunun kabul edilebilmesi için, kişinin bu yükümlülüğü objektif (fiziksel) olarak yerine getirebilme imkanının olması gerekir<sup>68</sup>. Bu çıkarım “*ultra posse nemo obligatur*” ilkesinin yani “*kimse*

<sup>64</sup> “İhmali suçlarda belirli bir davranışın yapılması emredilmekte ve emir biçimindeki bu normla hukuki menfaat korunmaktadır; fail, belirli bir davranışta bulunma hukuki yükümlülüğü altındadır. Netice ister gerçekleşsin ister gerçekleşmesin, failin belirli bir davranışta bulunmak hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile haksızlık oluşmaktadır. Buna karşılık, suç konusu bakımından ortaya çıkan zarar veya tehlike neticesi ise son derece önemlidir. Zira failin belirli bir davranışta bulunma hukuki yükümlülüğünü ihlal ettiği, neticenin suç konusu bakımından zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkması ile dış alemde tezahür etmektedir. Netice, bu yönüyle, haksızlığın ve bu bağlamda failin bir unsuru olmamakla beraber haksızlık teşkil eden failin varlığına işaret etme (Indiz-funktion) ve haksızlık teşkil eden failin toplum tarafından idrak edilmesini sağlama fonksiyonuna (Vermittlungsfunktion) sahiptir.” GÖKTÜRK, Neslihan, Türk Hukuku’nda Suçların İhtimai”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 2014, S. 1, C. 2, s. 39.

<sup>65</sup> ARTUK / GÖKÇEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, 329; “İhmali suçlar, emredici norma karşı gelmek suretiyle işlenebilir. Emredici norma karşı gelmek ise, normun istediği icrai davranışın yapılmaması suretiyle gerçekleştirilir.” KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 390.

<sup>66</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 390; ÖZGENÇ, s. 318; KAŞIKÇI / RENÇBER, s. 485.

<sup>67</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 390; ERBAŞ, Rahime “Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük”, Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, İstanbul, 2019, s. 50; ÇAKIROĞLU, Şölen, **Ceza Hukukunda Beklenebilirlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 43.

<sup>68</sup> ÖZGENÇ, s. 318; ERBAŞ, s. 50; ÇAKIROĞLU, s. 43.

*yapabileceğinden daha fazlası ile yükümlü olmaz”* ilkesinin sonucudur<sup>69</sup>. Nitekim, objektif olarak yapılması mümkün olmayan şey, ihmal edilmiş de olmaz<sup>70</sup>. Örneğin, Ankara’da bulunan annenin İstanbul’da denize düşen çocuğunu boğulmaktan kurtarması imkansızdır. Bu örnekte, annenin İstanbul’da denize düşen çocuğunu kurtarmaya yönelik seçiminden ziyade hareket imkânı olmadığı için haksız davranışından bahsedilemez<sup>71</sup>. Objektif imkânsızlık, haksızlığın bir unsurudur<sup>72</sup> ve bu yönüyle kişisel imkansızlıktan ayrılır<sup>73</sup>.

Tüm verilen bilgilerin ışığında çalışmanın konusunu oluşturan özel usulsüzlük fiillerini tekrar ele alalım. Mükelleflerin işe başlama bildiriminde bulunmaları, onların seçimlik davranışlarının sonucudur ve -mücbir sebep hallerinin ve diğer bazı istisnai hallerin yokluğunda- faaliyet gösterdikleri gün sayısınca “*işe başlama bildiriminde bulunma*” olanakları vardır. Bu aşamada istisnai bir örnek verilebilir. Kanaatimizce, VUK md.153/2 uyarınca kurumlar vergisi mükellefi olup Türk Ticaret Kanunu<sup>74</sup> md.27 uyarınca tescil için başvuran şirketlerin işe başlama bildirimi, ticaret sicil memurlarınca yapılır. Bu hallerde, VUK md.153/2 uyarınca işe başlamanın zamanında bildirilmemesi dolayısıyla kesilecek usulsüzlük cezaları, ticaret sicil memuru hakkında uygulanır. Zaman kısıtlı olarak, yani makul bir süre için (mükellefin bildirim yapılmadığını öğrenmesi ve vergi idaresine başvurması için makul kabul edilebilecek bir süre için) objektif imkânsızlık halinin varlığını kabul etmek gerekir.

Kendi iradesi/kusuru ile işe başlama bildiriminde bulunmaksızın/kayıtsız biçimde faaliyet yürüterek temin edilmesi gereken levha numarası/şifrelerin temin edilmemesi dolayısıyla özel usulsüzlük kabahatinin işlenmesi halinde, objektif bir imkânsızlık bulunduğundan bahisle kabahatin oluşmadığını ifade etmek mümkün değildir. Danıştay’ın yerleşik hale gelmiş görüşünü bu nedenle paylaşmıyoruz.

<sup>69</sup> HEUCHEMER, Michael, *Beck’scher Online Kommentar StGB, Bernd von Heintschel-Heinegg* (Yay. Haz.), 33. bs., Verlag C.H. Beck, Münih, 2017, §13, kn. 68; Akt. ERBAŞ, s. 50; Hukuk düzeni, kişilerden genel ve kişisel olarak imkân dahilinde olanı talep eder. ÇAKIROĞLU, s. 43.

<sup>70</sup> WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. bs., C. F. Müller, Heidelberg, 2015, §19, kn. 996; Akt. ERBAŞ 2019, s. 50.

<sup>71</sup> ERBAŞ, s. 52.

<sup>72</sup> “*Kişinin belli bir yönde icrai davranışta bulunma hususundaki yükümlülüğüne rağmen, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirme imkânına sahip olmaması halinde, bir haksızlık gerçekleşmez.*” ÖZGENÇ, s. 319.

<sup>73</sup> Objektif imkânsızlık ile kişisel imkânsızlık arasındaki fark şu şekilde ifade olunabilir: objektif imkânsızlıkta kişi yükümlülüklerini yerine getirememektedir, kişisel imkânsızlıkta ise, objektif imkânsızlığın aksine başka insanlar için mümkün olmasına rağmen fail için ödevi yerine getirmek mümkün değildir. Burada ödevi yerine getirmeme, kişinin kendisinden veya hareket yeteneğinden kaynaklı olabileceği gibi dışsal nedenlere bağlı olarak da gerçekleşebilir. ÇAKIROĞLU, s. 43.

<sup>74</sup> RG. 13.01.2011, S. 27846.

Ceza hukukundaki bir diğer imkânsızlık hali “*beklenebilirlik*” yani “*kişisel imkânsızlık*” halidir<sup>75</sup>. Objektif imkânsızlık ve kişisel imkânsızlık hukuki nitelikleri itibariyle birbirinden farklı olsa da, doğrudukları hukuki sonuç itibariyle (yani failin cezalandırılmasına engel teşkil etmesi itibariyle) aynıdır<sup>76</sup>. Kişisel imkânsızlık/beklenebilirlik kusurla ilişkilidir<sup>77</sup>. Somut olayda hareketin yapılmasının bir kimseden istenemeyeceği, beklenemeyeceği hallerde kişi ihmali davranışta bulunması nedeniyle kusurlu sayılmaz<sup>78</sup>. Kişisel imkânsızlık halinin ceza hukukundaki klasik bir örneği, yüzme bilmeyen kişinin, kendi hayatını tehlikeye atarak boğulmak üzere olan birisini kurtarmasının beklenememesi halidir<sup>79</sup>.

Çalışmamız bakımından kişisel imkânsızlık haline verilebilecek bir örnek, mükellefin faaliyet konusunun hukuka aykırı olması hali olabilir<sup>80</sup>. Örneğin, kumarhane işleten birinin işe başlama bildiriminde bulunması buna dayalı olarak vergi ödevlerini yerine getirmesi, kendisinden beklenemez. Bu örneğe özgü biçimde kesilen özel usulsüzlük cezaları, teorik olarak kişisel imkânsızlık kapsamında değerlendirilerek, hukuka aykırı kabul edilebilir. Bu halde (kumarhane işletmesi örneğinde) zaten yasaya aykırı davranış, ceza kanunları uyarınca yaptırıma tabi olacağından, haksızlığa neden olan fiilin cezalandırılmaması hali de söz konusu olmayacaktır.

<sup>75</sup> Beklenebilirlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 413 vd.

<sup>76</sup> ERBAŞ, s. 50 vd.

<sup>77</sup> Beklenebilirlik, kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da gerçek ve gerçek olmayan tüm ihmali suçlarda göz önünde tutulması gereken bir husustur. Beklenebilirliğin haksızlığın mı, yoksa kusurun mu unsuru olduğu doktrinde tartışmalıdır. Alman doktrinindeki hâkim görüşe ve KOCA / ÜZÜLMEZ'e göre, beklenebilirlik kusurun bir unsurudur. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 414; ÇAKIROĞLU, s. 47; ÖZGENÇ, s. 320; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 433.

<sup>78</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 413.

<sup>79</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 414; ÖZGENÇ, s. 320; HAKERİ, Hakan, “İhmali Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 4, 2007, s. 168; ÖZGENÇ, s. 318-319; Objektif ve kişisel imkânsızlık hallerini ayırt etmeye yardımcı olabilecek bir başka örnek kan verme örneğidir. Buna göre, kan ihtiyacı olan çocuklarına kan veremeyen anne ve babanın kan grubunun çocuklarından farklı olması hali objektif imkânsızlık, fakat grubu aynı olmasına rağmen hemofili hastası olmaları hali kişisel beklenebilirlik kapsamında değerlendirilecektir. ÇAKIROĞLU, s. 47.

<sup>80</sup> “... dava konusu edilen dönemde mükellefiyet kaydı henüz yapılmamış olan davacının beyannamelerini elektronik ortamda verme imkânı bulunmadığından, davacı hakkında geriye dönük olarak tesis edilen vergi mükellefiyetine istinaden geçmiş dönemlere ilişkin beyannamelerin elektronik ortamda verilmemişinden bahisle Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarında hukuki isabet görülmemiştir. Gerekli izinler alınmaksızın yasalara aykırı bir şekilde yürütülen irazatçılık faaliyeti dolayısıyla belge basım izni alınması ve fatura bastırılması mümkün olmadığından, bu faaliyet nedeniyle fatura düzenlenmesi zorunluluğundan söz edilemez. Bu durumda, davacı adına Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet bulunmamaktadır.” Dan. 7. D. E. 2016/7902, K. 2020/4071, T. 15.10.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Ayrıca benzer yönde Vergi Dava Daireleri Genel Kurul Kararı için bkz. Dan. VDDGK, E. 2021/1233, K. 2023/278, T. 29.03.2023, Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 13.05.2024.

Kayıtsız biçimde çalışmayı tercih eden mükellefler hakkında geçmişe dönük mükellefiyet tesislerinde, “*fatura verme*” ve “*beyannamenin elektronik ortamda verme*” ödevlerini yerine getirmeye yönelik, ceza hukuku anlamında ne objektif ne de kişisel bir imkânsızlık söz konusudur. Danıştay’ın imkansızlığın olduğunu düşünmesi halinde dahi, kendi kusuru ile yani işe başlamayı kendi seçimiyle bildirmeyen mükellefin, bu kusuru nedeniyle yarattığı avantajlı durumu korumaması gerekirdi. Bu yorum, hukukun genel bir kaidesi olan, “*kimşenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği*”<sup>81</sup> ilkesine de aykırılık teşkil eder. Elbette hukuki sorunun bu genel ilke bağlamında değerlendirilmesi de mümkündür. Ancak biz halihazırda idari işlem teorisi temelli biçimde ana hukuki sorunu açıkça ve öz biçimde çözüme kavuşturduğumuz düşüncesindeyiz. Bu nedenle hukukun genel ilkesi bağlamında sorunu değerlendirmeyi tercih etmedik.

### C. “*Vergi Usul Kanunu’ndan Doğan Yükümlülüklerin Mükellefiyet Tesisine ile Başladığı*” İddiası

Bu aşamada, kısaca vergi borcu ve vergi ödevi ilişkisini açıklama ihtiyacı hissediyoruz. Mehz Alman hukukunda “*Steuerschuldverhältnis*” olarak ifade olan “*vergi borcu ilişkisi*” yasa ile kurulan bir hukuki ilişkidir<sup>82</sup>. Burada ilişkinin kurulması, özel hukuktaki gibi tarafların özel iradesine dayalı sözleşmeler ile değil, kanun ile mümkündür<sup>83</sup>. Almanca’da “*borç*” anlamına gelen “*schuld*” kavramı yine “*yapılması gereken şey*” anlamına gelen ve Almanca “*leistenmüssen*” ile tanımlanır<sup>84</sup>. Borç ilişkisinin kanuna dayalı biçimde kurulması ile ortaya çıkan maddi ödev ve şekli ödevler/sorumluluklar “*yapılması gereken şey*”in içeriksel olarak karşılığdır. Bir diğer ifadeyle burada borç olarak ifade olunan “*yapılması gereken şey*” dar anlamıyla maddi ödevi, geniş anlamıyla maddi ve şekli ödevlerin bütününe kapsar. Dar anlamda vergi borcu ilişkisi-geniş anlamda vergi borcu ilişkisi (vergi ödevi ilişkisi) kavramsal ayrımını kullanmak yerine, doktrinde *Öncel/Kumrulu/Çağan*’ın benimsediği vergi borcu ilişkisi ve vergi ödevi ilişkisi kavramlarını kullanmayı tercih ediyoruz<sup>85</sup>. Bu kavramlardan ödev ilişkisi, daha geniştir ve borç ilişkisini kapsar niteliktedir. “*Vergi ödevlisi, vergi*

<sup>81</sup> DWORCKİN, Ronald, **Hukukun Hükümranlığı**, Düzenleyen: Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2018, s. 42.

<sup>82</sup> TİPKE, Klaus / LANG, Joachim, **Steuer Recht**, Otto Schmidt., Köln, 2021, s. 267.

<sup>83</sup> TİPKE / LANG, s. 267.

<sup>84</sup> TİPKE / LANG, s. 280.

<sup>85</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 79.



*hukuku ilişkisi içindeki hak ve ödevlere sahip olan kişileri ifade eder. Söz konusu ödevler bir vergi borcunun ödenmesine veya vergilendirmenin şekli görevlerinin yerine getirilmesine ilişkin olabilir*<sup>86</sup>.

Türk hukukunda vergi ödevi ilişkisinin kurulmasını hükme alan düzenleme, VUK md.19'dur. VUK md.19, vergi alacağının (mükellef bakımından vergi borcunun) vergiyi doğuran olay ile başladığını ifade ederek, hukukumuz bakımından ödev ilişkisinin vergiyi doğuran olay ile kurulduğunu göstermektedir. VUK md.19'a benzer nitelikteki düzenleme mehz Alman Vergi Usul Kanunu ("Abgabenordnung") md.38'de (§38 AO) yer almaktadır. Buna göre, "*Vergi borcu ilişkisinden kaynaklanan haklar/talepler, kanunların yerine getirme yükümlülüğü yüklediği olayların gerçekleştiği anda ortaya çıkar*<sup>87</sup>". Her iki hukukta da vergi ödevlisi ile vergi alacaklısı arasındaki kamusal hukuk ilişkisi/vergi ödevi ilişkisi, idarenin karar açıklamasına bağlı olarak değil fakat vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi suretiyle kurulur. Bazı hukuk sistemlerinde, bu ilişkinin idare tarafından tesis edilen işleme dayalı olarak kurulduğu ifade olunabilir<sup>88</sup>, ancak bizim hukukumuz bakımından VUK md.19 ile açık bir biçimde ödev ilişkisinin başlangıcı vergiyi doğuran olaydır.

VUK md.19 uyarınca vergiyi doğuran olayın, şekli ödevleri de içeren vergi ödevi ilişkisinin başlangıcı olduğunu kabul etmek zorunludur. Maddenin ne düzenleniş biçiminden (lafzından) ne de amacından yola çıkarak, şekli ödevleri ve maddi ödevi birbirinden ayırır biçimde kamusal borç ilişkisini kurduğunu yorumlamak mümkün değildir. Maddi ödevle ilişkin hukuk sorumluluğunun, vergiyi doğuran olay ile başladığı yasa da öngörüldüğü için, maddi ödevin yerine getirilmesini amaçlayan ve zamansal olarak maddi ödevden önce yerine getirilmesi gereken şekli ödevlere ilişkin sorumluluğun da vergiyi doğuran olay ile başladığını kabul etmek mantıksal olarak zorunludur. Nitekim vergi ödevlileri vergiyi ödmeden önce; (zamansal olarak zorunlu biçimde öncelikle) bildirim ödevleri, defter ve belge düzenine ilişkin ödevleri gibi şekli ödevlerini yerine getirirler. Şekli ödevler maddi ödevi temin için vardır ve şekli ödevlere ilişkin sorumluluğun en geç maddi ödevle ilişkin sorumluluk ile birlikte başladığını kabul etmek mantıksal bir zorunluluktur. Tüm bu açıklamaların ardından, "213

<sup>86</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 79.

<sup>87</sup> Düzenlemenin Almanca orijinal hali şu şekildedir, "Die Ansprüche aus dem steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft", [https://www.gesetze-im-internet.de/ao\\_1977/\\_38.html#:~:text=Abgabenordnung%20\(AO\),das%20Gesetz%20die%20Leistungspflicht%20knüpft,E.T.03.06.2024](https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/_38.html#:~:text=Abgabenordnung%20(AO),das%20Gesetz%20die%20Leistungspflicht%20knüpft,E.T.03.06.2024).

<sup>88</sup> ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s. 79.

*sayılı Vergi Usul Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerin ancak mükellefiyet tesisi ile ve bu hususun bildiriminden itibaren başlayacağı, henüz mükellef olunmayan dönemler için elektronik ortamda beyanname verilmesinin beklenemeyeceği<sup>89</sup>* ikincil gerekçesiyle özel usulsüzlük cezalarını iptal eden Danıştay görüşünü bu yönüyle de paylaşmıyoruz.

## SONUÇ

Çalışmada, geçmişe dönük mükellefiyet tesis işlemlerinde, kendi tercihlerine dayalı olarak kayıtsız biçimde faaliyet gösteren mükellefler hakkında kesilen özel usulsüzlük cezalarının, hukuka uygun olup olmadığı ana sorunsalı üzerine değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmeler yapılırken, Danıştay'ın kesilen cezaları hukuka aykırı bulduğu ve bu yönde verdiği kararların yerleşik hale geldiği görülmüştür. Yerleşik içtihadı dayalı olarak, daha fazla yargısal yük ile karşı karşıya kalmak istemeyen idare ise; yargı yaklaşımını, beyanname ve formların elektronik ortamda verilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan özel usulsüzlük kabahatleri bakımından genel düzenleyici idari işlem yoluyla, diğer özel usulsüzlük fiilleri bakımından ise, uygulama itibarıyla benimsemiştir.

Kayıtlı biçimde faaliyet yürüten mükellefler, kabahate neden olan fiili tek bir muamelede gerçekleştirmeleri halinde cezaya muhatap olmaktadır. Bunun karşılığında kayıtsız biçimde faaliyet yürüten mükelleflerin çok sayıda muameleleri, kabahatin işlenmesinde “*hukuki ve fiili imkânsızlık*” bulunduğu gerekçesi ile cezalandırılmamaktadır. Bu fiili durumun adalet duygumuzu incitici tarafı, birden fazla bağlamda açıklanabilir. Öncelikle mevcut hukuki durum, “*kimsenin kendi kusurundan menfaat elde etmemesi gerekliliği*” yönündeki genel hukuk ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca mevcut hukuki durum, aynı suçu işleyen kişilerin aynı cezaya muhatap olmasını gerektiren Anayasa md.10'da düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder. Her iki bağlamda da mevcut yargı yorumu eleştirilerek, haksız bulunabilir. Ancak çalışma konusu ana hukuki sorun, yasanın lafzı ve amacı itibarıyla ifade ettiği anlam dikkate alınarak çözülebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, cezaların hukuka uygunluğu sorunu idari işlem teorisi temelinde çözümlenmiştir. Bu aşamada, Danıştay kararlarına konu olan olaylar sadeleştirilmek suretiyle model alınarak; maddi sebep ve hukuki sebep arasındaki tipiklik ilişkisinin de, konu ile sebep arasındaki illiyet bağı ilişkisinin de hukuka uygun biçimde kurulduğu görülmüştür.

<sup>89</sup> Dan. 7. D. E. 2016/7902, K. 2020/4071, T. 15.10.2020, Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 21.05.2024.

Vergi ödevlileri, çalışmaya konu özel usulsüzlük fiillerini gerçekleştirme konusunda ceza hukuku anlamında objektif veya kişisel bir imkânsızlık hali içerisinde değildir. Elbette her iki duruma ilişkin de örnekler akla gelebilir ve çalışmada ilgili kısımlarda örneklere yer verilmiştir. Ancak ifade olunduğu üzere kendi iradesiyle, kayıtsız biçimde faaliyet yürüten vergi ödevlileri için Danıştay'ın ileri sürdüğü imkânsızlık iddiasını kabul etmek mümkün değildir. Nihai olarak mahkemenin şekli vergi ödevlerinin zamansal olarak mükellefiyet tesisi ile başladığı yönündeki iddiası değerlendirilmiş, hatalı bulunarak eleştirilmiştir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

AĞAR, Serkan, “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 67, 2006, 285-316.

AKKAYA, Mustafa, “Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısındaki Konumu” **Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi** içinde, yazar Billur Yaltı, 25-44, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.

ARTUK, M. Emin / GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

BALCI, Mustafa, **Kamu İcra Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

CANDAN, Turgut, **Vergisel Kabahatler ve Suçlar**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

ÇAKIROĞLU, Şölen, **Ceza Hukukunda Beklenebilirlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

DWORKİN, Ronald, **Hukukun Hükümlerliği**, Düzenleyen: Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2018.

ERBAŞ, Rahime, “Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük”, Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, İstanbul, 2019.

GÖKTÜRK, Neslihan, “Türk Hukuku’nda Suçların İctimai”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 2014, C. 2, S. 1-2, 31-59.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. 1, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.

- HAKERİ, Hakan, “İhmalî Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 4, 2007.
- HEUCHEMER, Michael, **Beck’scher Online Kommentar StGB**, C.H. Beck, Münih, 2017.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- KAŞIKÇI, Mahmut / RENÇBER, Altan, **Vergi Ceza Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARAÇOBAN GÜNEŞ, Tuğçe, **Vergi Usul Hukuku’nda Res’en Araştırma İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KEYMAN, Selahattin / TOROSLU, Haluk, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021. ÖZTÜRK, K. Burak, İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, C. 2, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, 1033-1050.
- ÖZGENÇ, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 4, 2021.
- ULU, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 19, S. 38, 2020, 74-102.
- RENÇBER, Altan / OVALIOĞLU, Selin, “Vergi Hukukunda Mükellefiyet Kaydının Res’en Terkini ve Tebligata İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2023, C. 1, S. 14, 87-102.
- SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- SAĞLAM, Abdi, “İhtilafli Bazı Vergi Cezalarının Vergi Yargısı Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 4, 1-18, 2014.
- TİPKE, Klaus / LANG, Joachim, **Steuer Recht**, Otto Schmidt, Köln, 2021.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, Düzenleyen: Ed. Turan Yıldırım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.



# Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve<sup>(\*)</sup>

## Current Questions and Issues in the Relationship between Surrogacy and Human Rights: A Global Framework

Elif ÇELİK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

İnsan hakları düşüncesi ve insan hakları hukukuyla ele alınacak olduğunda taşıyıcı gebelik, bu yönetime erişimi olan, bu yöntemi sunan, bu yöntemden faydalanan ve bu yöntem sonucunda dünyaya gelen kişiler adına uyandırdığı etik sorular ve doğurduğu pratik sorunlar bakımından problemlili bir konumda yer almaktadır. Bu çalışmada, taşıyıcı gebeliğin farklı boyutları hesaba katılarak, dünya genelindeki seyrinin ve konuya ilişkin yasal düzenlemelerin konu edinilmesinin ardından, taşıyıcı gebelik ve insan hakları tartışmalarında geline son noktayı ortaya koyan güncel bir çerçeve çizilmektedir. Çalışma, taşıyıcı gebelik uygulamasının farklı tarafları olan kadınlar, ebeveyn adayları ve çocuklar açısından konu olabilecek insan hakları soru ve başlıklarını ortaya koymakta ve böylelikle konunun insan hakları bakımından kaçınılmaz olarak ortaya çıkan çok boyutlu doğasını konu edinmektedir. Bu bakımdan çalışma, taşıyıcı gebelik pratiğini etik olarak doğrulamayı ya da yanlışlamayı hedeflemenin ötesinde, konuya ilişkin problem arz eden farklı noktalara, insan hakları argümanlarıyla yaklaşırken seçilebilecek olan yolların bir ön-izlemesini sunmayı amaçlamaktadır. Geride bıraktığımız yıllarda taşıyıcı gebelik konusunun belirli sayıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına da konu olabildiği olması gerçeğini hesaba katarak çalışma, bunlar arasından, taşıyıcı gebelik konusundan doğan sorunları ihtiva etmek bakımından görece komplike unsurlar barındırıyor olması nedeniyle, güncel tarihli olan bir kararı, eleştirel bir süzgeçten ele almaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Taşıyıcı Annelik, Taşıyıcı Gebelik, İnsan Hakları, Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Üreme Hakları, Kadın Hakları, Çocuk Hakları.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.06.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 29.08.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545349>

Bu makaleye atf için: ÇELİK, Elif, “Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve”, *İMHFD*, C. 9, S. 2, 2024, s. 395-433

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir - Türkiye  
E-posta: [elif.celik@ogu.edu.tr](mailto:elif.celik@ogu.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4380-1767>

**Abstract:**

When considered from the perspective of human rights idea and law, surrogacy stands in a highly problematic position in terms of the ethical questions it arouses and the practical problems it creates for the people who access, offer, benefit this method and the people who are born as a result of it. This study, after analysing the course of surrogacy worldwide with its different dimensions and the legal regulations on the subject, draws an up-to-date framework that reveals the current point reached in the relationship between surrogacy and human rights. The study addresses the human rights questions and topics that may be of concern for the different parties to this practice, namely women, intended parents and children, and thus reveals the inevitably multidimensional nature of the issue in terms of human rights. In this regard, the study does not seek to validate or invalidate surrogacy from an ethical standpoint, but instead aims to present an overview of how human rights arguments can be applied to tackle different problematic aspects of the subject. Considering the fact that the issue of surrogacy has been the subject of a number of judgments of the European Court of Human Rights in the recent years, the study critically examines a relatively recent judgment, as it contains relatively complicated elements in terms of the problems arising from the issue of surrogacy.

**Keywords:**

Surrogate Motherhood, Surrogate Pregnancy, Human Rights, Right to Private Life and Family, Reproductive Rights, Women's Rights, Children's Rights.

**GİRİŞ**

Günümüz destekli üreme teknolojileri dahilinde taşıyıcı ‘annelik’/taşıyıcı gebelik<sup>1</sup>: Bir kadının uterusunda, ya kendi genetik materyali (ovum) ve bir erkeğin genetik materyaliyle (sperm) ya da ‘en az’ iki farklı sağlayıcıdan (anne olmak niyetinde olan veya olmayan bir kadına ait ovum ve baba olmak niyetinde olan veya olmayan bir erkeğe ait sperm) elde edilen genetik materyalle oluşmuş bir fetüsün, taşıyıcının kendisi dışındaki bir kişinin çocuğu olması amacıyla (gönüllülük esaslı ya da ticari bir sözleşmeye bağlı olarak) taşınması eylemi olarak ifade edilebilir. Bu süreç taşıyıcının gebe kalmasını, gebelik sürecini ve doğumu aşamalarını içermektedir. Bu senaryoda taşıyıcının kendi genetik materyalinin (ovum) kullanıldığı ilk durum için “geleneksel taşıyıcılık” (traditional surrogacy) adlandırılması kullanılırken<sup>2</sup>, taşıyıcıya ait bir genetik ma-

<sup>1</sup> Bedensel bir emek biçimi olarak özellikle ticari anlamda taşıyıcılık yapan kadınlar, duygusal ya da sosyal boyutuyla bir ‘annelik’ adlandırmasıyla ilişkilendirilmek istememektedirler. Annelik kavramının bu konudaki bir istek ve iradeyi de içeren sosyal ve psikolojik boyutu da gözeticiler, çalışma boyunca “taşıyıcı anne” sözcüğü değil “taşıyıcı gebe” sözcüğü kullanılacaktır. Öte yandan bu çalışma bakımından bu şekilde bir kullanım yalnızca gestasyonel gebeliği ifade etmekle sınırlı bir kullanıma işaret etmeyecektir. Gönüllü ya da ticari, fetüsle genetik bağa sahip olan ya da olmayan tüm taşıyıcıları ifade eden bir kapsamda ve bir alternatif yokluğu nedeniyle kullanılmıştır. Tercih edilen bu adlandırmada aslında ‘gebelik’ sözcüğü ‘annelik’ sözcüğünün yerine kullanım bulmaktadır.

<sup>2</sup> Literatürde farklı taşıyıcılık türlerinin adlandırılması konusunda bir birlik bulunmadığına işaret eden yazarlar, Türkçe yazın bakımından çocuk sahibi olmak isteyen ancak bu olanağa sahip olmayan bir kadının partneri ve taşıyıcı annenin yumurtasının döllenişi durumunda taşıyıcıya “ikame anne” ya da “ye-



teryalin bulunmadığı ikinci durum için “gestasyonel taşıyıcılık” (gestational surrogacy) tanımı kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Uygulama, bedensel bir emek biçimi olarak ticari bir sözleşme kapsamında gerçekleştirilebileceği gibi (commercial surrogacy) özgecil<sup>4</sup> (altruistic) bir çerçevede de gerçekleştirilmektedir. Ancak literatürde, özellikle insan hakları bağlamında konu olan değerlendirmeler ve eleştiriler büyük oranda ticari taşıyıcı gebelik uygulaması ve sonuçları özelindedir.

Kişilerin, kendileri tarafından dünyaya getirilmemiş olan çocuklara ebeveynlik yapmaları olgusuysa aslında tarihin kendisi kadar eskidir. Öte yandan ‘bir başkası için çocuk doğurma’ olgusunun geçmişte ortaya çıkmamış yeni hukuki sorularla görünüm bulması konusu, insanlık tarihinin ancak son çeyreği ile ilişkilidir<sup>5</sup>. Bugün “geleneksel taşıyıcılık” olarak adlandırılan biçimiyle olan taşıyıcılık, aslında tarih boyunca, çocuk sahibi olamayan aileler için -genellikle toplumsal hiyerarşi zincirinde daha altlarda olan- bir başka kadının bedeninden, özgür bir rızaya dayalı olarak veya olmayarak destek alınması yoluyla uygulanmıştır. Bu bakımdan örneğin Eski Ahit, bu konuya ilişkin ilk anlatılardan birini de içinde barındırır<sup>6</sup>. Hint mitolojik anlatıları dahi benzer bir uygulamanın varlığından söz ederken, konuyu ele alan ilk yazılı kayıtlar Mezopotamya’dan gelmektedir. Hammurabi yasaları, erkeğin genetiğini devam ettirememeye yönündeki kaygısına çözüm olarak sunulmuş olan ‘başka bir kadından çocuk yapması’ uygulamasının aile içinde yaratacağı sorunları, ilk kez hukuki bir zeminde ele almış olan belge olarak anılmaktadır<sup>7</sup>. Eski Mısır, Yunan ve Roma’da da yine özellikle ataerkil soyun devamlılığı kaygısını gözetten bir saikle uygulamanın benzerlerinin var olduğu belirtilmektedir<sup>8</sup>.

---

dek anne” denilebildiğine işaret etmektedirler. METİN, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 8.

<sup>3</sup> Türkçe yazında bu türden taşıyıcılığın “ödünç” ya da “kiralık” taşıyıcılık olarak adlandırılabilirdiği belirtilmiştir. METİN, s. 9.

<sup>4</sup> Türkçe literatürde sırf bir başkası yararına yapılan bir eylem olan özgecil taşıyıcı annelik için “ivazsız” adlandırılmasının kullanıldığı belirtilmektedir. KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 71.

<sup>5</sup> ABD’de taşıyıcılık sözleşmesi yoluyla dünyaya gelen ilk örnek için 1980 yılı işaret edilir.

<sup>6</sup> Eski Ahit, Yarattılış (16), (çevrimiçi) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2016&version=NIV>, E.T. 01.06.2024.

<sup>7</sup> Hammurabi Yasaları (144); (145) (çevrimiçi) <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, E.T. 01.06.2024.

<sup>8</sup> HARDERS, Ann-Cathrin, “2 Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition”, **Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture** (ed.) DASEN, Véronique / SPATH, Thomas, Oxford, 2010, s. 50.

Bir kadının, kendi yumurtasının herhangi bir spermle birleşmesi ve kendi rahminde büyümesi durumu, geçmişte her anlamda ‘doğal’ bir gebelik sürecini ifade etmiştir. Bu doğal neden, Roma hukukundan gelen “anne her zaman bellidir” yönündeki karinenin de yakın zamana kadar sorunsuz bir biçimde iş görmesini sağlamıştır. 20. yüzyılın sonuna yaklaşıldığında yapay üreme teknolojilerinin bambaşka bir doğurganlık, annelik ve ebeveynlik bağlamı ortaya koymaya başlamasıyla, bu yönde yeni hukuki problemlerin de belirmeye başladığı gözlemlenmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki, taşıyıcı gebelik pratiğinin ilk örnekleri bakımından ortaya çıkan sorunlar, günümüzdekilerden daha az çetrefilli görünmektedir. Zira erken dönem uygulamalarında, bu yöntemle dünyaya gelen çocukların, ebeveyn adaylarından en azından biriyle genetik bir bağı mevcut olabilmişken günümüzde bu ihtimalin de konu olmayabilmesi, konunun hukuki ilişkiler ayağının ele alınmasında yepyeni sorunlar yaratmaktadır.

Taşıyıcı gebelik sonucunda dünyaya gelecek olan çocukla, mevcut olan ya da olmayan biyolojik ve/veya genetik bağın gerek taşıyıcı kadını gerekse ebeveyn olmak niyetindeki kişi ya da kişileri anne ya da baba olarak adlandırmaya olanak sağlayıp sağlamayacağı sorusunun yanıtı, ulusal düzenlemelere göre değişkenlik göstermektedir. Bu yanıt günümüz sözleşme özgürlüğünün sınır tanımayan doğası bakımından bazı düzenlemelerde ebeveyn adayları lehine olumlu olabilse de bu adlandırmaların aynı zamanda hukuki bir güvenceye kavuşup kavuşmayacağı konusu, kişilerin vatandaşlık ilişkilerinin bağlı bulunduğu devletin hukuku çerçevesinde belirlenmektedir. Üstelik bu durum, uluslararası taşıyıcı gebelik düzenlemeleri aracılığıyla, ulusal yasaların buna olanak sağlayıp sağlamamasından bağımsız bir biçimde gerçekleşebilmekte ve uygulamanın tarafları ve sonuçları olan kişiler; yani taşıyıcı gebeler, ebeveyn adayları ya da sosyal ebeveynler<sup>9</sup> ve dünyaya gelen çocuklar, kendilerini bir hukuk boşluğunda bulmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Bu çalışmada ebeveyn adayları olarak Türkçeleştirilen “Intended parents” kavramı “doğumdan sonra çocuğun velayetini almak ve çocuğu kendi çocuğu gibi yetiştirmek niyetiyle bir başkasından kendisi için çocuk doğurmasını talep eden kişi(ler)” olarak tanımlanmıştır. A Preliminary Report on the Issues From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No 10, 2012, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, E.T. 01.06.2024. Sosyal ebeveyn adlandırması ise bu çalışma bakımından taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuklarla hukuki bir ebeveynlik ilişkisi kuramamış olsalar da halihazırda ebeveynlik yapan kişiler için kullanılmıştır.

<sup>10</sup> Bu konudaki ulusal çalışmalar arasında milletlerarası özel hukuk ışığındaki bazı çalışmalar için bkz: EKŞİ, Nuray, “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Annelige İlişkin Hukuki Sorunlar”, **MHB**, Y. 2016, C. 36, S. 2, s. 15; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Milletlerarası Taşıyıcı Annelige İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **GÜHFD**, Y. 2021, C. 0, S. 1, s. 856, 858; AĞAOĞLU Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınırşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, **MHB**, Y. 2020, C. 40, S. 1, s. 465, 466; MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 2015, C. 35, S. 2, s. 20.

En yalın tanımında bile farklı ihtimalleri muhteva eden bu biyoteknolojik olgu, kişiler arasındaki hukuki ve etik ilişkileri belirleyebilmek bakımından cevaplanması aciliyet arz eden komplike sorular ortaya koymaktadır. Bunların bir kısmı, geçtiğimiz yıllarda, özellikle de uluslararası özel hukuk bağlamında konu edinilmiş ve hatta bu yönde uluslararası bir sözleşmenin gerekliliği tartışmalarına konu olabilmıştır<sup>11</sup>. Ne var ki olgunun ulusal hukuklar bakımından çok farklı düzenlemelere konu olması gerçeği, bu yönde uluslararası standartlar belirlemek bakımından bir engel olarak yer almaya devam etmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi de 2016 yılında, bu konuda Avrupa ülkeleri için yol gösterici olabilecek bir yönerge teklifini ele almayı reddetmiştir<sup>12</sup>. Konuya ilişkin son gelişmeler, devletlerarası ölçekte olmamakla birlikte, taşıyıcılığın tüm ülkelerde yasaklanması adına uluslararası bir sözleşmenin hayata geçmesi için yürütülen ‘sivil’ girişimler olarak görünmektedir<sup>13</sup>.

Günümüzde taşıyıcı gebelik ve konunun ilişkili olduğu bir üst başlık olan destekli üreme sistemleri konusundan doğan hukuki ve etik sorunlar, farklı disiplinlerce, bu disiplinlerin araç ve yaklaşımları elverdiği ölçüde ve spesifik sorular özelinde ele alınmaktadır. Yalnızca hukuk disiplini içinde dahi, ulusal ya da karşılaştırmalı hukuk boyutuyla, destekli üreme sistemleri ve taşıyıcı gebelikten doğan ya da doğabileceği düşünülen sorunlar; ceza hukuku<sup>14</sup>, kişiler ve aile hukuku<sup>15</sup>, milletlerarası özel hukuk<sup>16</sup> gibi farklı disiplinlerce ve bu disiplinlerin dayandığı normatif çerçeve dahilinde, somut ve sınırlı başlıklar özelinde konu edinilmektedir. Bu çalışmanın problem edindiği sorular ve çalışmanın normatif çerçevesi ise uluslararası insan hakları hukuku ve tartışmaları ile sınırlıdır. Dolayısıyla anılan diğer disiplinlerde ve özellikle ulusal irdelemeler bağlamında konu olan, örnekse taşıyıcı gebelikte konu olan embriyo ya da fetüsün ne türden haklarla korunduğu, bu hakkın niteliği ve taraflarına ilişkin tartışmalar, embriyo ya da fetüse karşı

<sup>11</sup> 2022 yılı itibarıyla konunun özellikle politik boyutuna ilişkin bir çalışma grubu aracılığıyla ele alındığı görülmektedir. Bu konudaki en yakın tarihli raporu için: (çevrimiçi) <https://assets.hoch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>, E.T. 01.06.2024.

<sup>12</sup> (çevrimiçi) <https://www.alliancevita.org/en/2016/10/council-of-europe-rejects-surrogacy-recommendations-alliance-vitas-reaction/>, E.T. 01.06.2024.

<sup>13</sup> Kazablanka Deklarasyonu (çevrimiçi) <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/>, E.T. 01.06.2024.

<sup>14</sup> ERBAŞ Rahime, ERKAYIRAN Didem, CANGİL Sabah Mina. “Karşılaştırmalı Hukuktaki Örnekleriyle Türk Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik.” Demirel/Erbaş, **İstanbul Tıp Hukuku Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 181-208; İLTAŞ, Yiğit, “Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı”, **BUHFD**, Y. 2023, C. 18, S. 215, s. 1028.

<sup>15</sup> AYDIN, Melike Belkıs, “Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 2. (çevrimiçi) [tez.yok.gov.tr](http://tez.yok.gov.tr), E.T. 01.06.2014.

<sup>16</sup> EKŞİ, s. 15; GÖLCÜKLÜ, s. 856; AGAOĞLU, s. 465; MALKOÇ, s. 20.

işlenen suçlar ve bu yöndeki yaptırımlar, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinden doğan borç yükümlülüklerinin neler olduğu yönündeki soru ve tartışmalar, bu çalışmanın amaç ve kapsamının hayli ötesindedir. Bu nedenle, bu çalışmada konunun insan hakları boyutu ele alınırken, uluslararası insan hakları ve sosyal bilimler literatüründeki tartışmalar esas alınarak, temel evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri, standartları ve mevcut içtihatlar yol gösterici olacaktır. Çalışmanın kapsamıysa, taşıyıcı gebelik uygulamasının farklı tarafları olan kadınlar, ebeveyn adayları ve çocuklar açısından konu olabilecek insan hakları soru ve başlıklarını konu edinmekle ve böylelikle konunun aslında insan hakları bakımından kaçınılmaz olarak beliren çok boyutlu doğasını ve bazı açmazlarını ortaya koymakla sınırlıdır. Bu bakımdan çalışma, taşıyıcı gebeliği ahlâken doğrulamak ya da yanlışlamanın ötesinde, konuya ilişkin problem arz eden farklı noktalara, insan hakları argümanlarıyla yaklaşırken seçilebilecek olan yolların bir önizlemesini sunmayı amaçlamaktadır. Son olarak, konuya görece temkinli yaklaşan ve taşıyıcı gebelik konusunda giderek daha sınırlandırıcı bir çizgide duran Avrupa<sup>17</sup> bölgesinde bulunan insan hakları yargısal koruma mekanizması dahilinde beliren güncel tarihli davalardan biri, çalışma boyunca ele alınan bazı açmazları ve problemleri noktaları yansıtıyor olması bakımından konu edinilmektedir.

## I. TAŞIYICI GEBELİKLE İLGİLİ GÜNCEL DÜZENLEMELER

Taşıyıcı gebelik konusunda dünya genelindeki yasal düzenleme ve kısıtların her geçen gün değişime uğradığı görülmektedir<sup>18</sup>. Yalnızca belirli bir ülke özelinde dahi konuya ilişkin stabil bir yasal çerçeve ve tutum ortaya koymak -şayet uygulama olası her biçimiyle mutlak olarak yasak değilse- son derece zordur<sup>19</sup>. Destekli üreme yöntemlerine yönelik yasal düzenlemelere sahip olan ülkelerden bazılarında, farklı eyaletler bakımından değişkenlik göstermekle birlikte, taşıyıcılığın yalnızca özgecili biçimleri yasal sayılabilmektedir<sup>20</sup>. Bazı

<sup>17</sup> Örneğin Avrupa Birliği bünyesindeki güncel gelişmeler, taşıyıcı gebelik ve insan ticareti arasındaki ilişkiyi odağına almış görünmektedir. (çevrimiçi) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419IPR20580/trafficking-in-human-beings-meps-adopt-more-extensive-law-to-protect-victims>, E.T. 15.08.2024.

<sup>18</sup> Çalışmada bu konuda yol gösterici bir kaynak olarak Avrupa Konseyi Biyo Etik Komitesince, Konsey üye ülkelerince yapılan ve 2021 yılında güncellenen geniş kapsamlı bir ankete dayanan raporda yer alan veriler kullanılacaktır. Belirtmek gerekir ki bu belgenin kendisi dahi son birkaç yıla ilişkin değişiklikleri yansıtmayabilmektedir. Council of Europe, **DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum** (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>, E.T. 15.08.2024.

<sup>19</sup> Bu konuda güncel düzenlemeleri konu edinebilmiş bir çalışma için bkz. HORSEY, Kirsty, "The Future of Surrogacy: A Review of Current Global Trends and National Landscapes", **RBMO**, Y. 2024, C. 48, S. 5, s. 5.

<sup>20</sup> Örneğin Avustralya, DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum, s. 27.

ülkeler bakımından, uygulama yasak olduğu kadar, uygulama sonucunda çocuğun soybağına yönelik yapılabilecek olası değişiklikler de bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Konuya ilişkin spesifik bir hukuk düzenlemesine sahip olmasa da uygulamayı ne yasaklayan ne de hukuken belirli kılan ülkelere de<sup>22</sup> rastlanır. Yine, bazı ülkeler bakımından taşıyıcı gebelik uygulamaları yasak olmamakla birlikte, taşıyıcı gebelik sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yer alan şartlar, taraflar üzerinde hukuki bir bağlayıcılıktan yoksun olmaktadır<sup>23</sup>. Taşıyıcılığın ticari ya da özgecil biçimlerinin yasal olduğu ülkelerdeyse, bu düzenlemelerin belirli sınırları ile karşılaşılır. Yalnızca ülke vatandaşlarının ve/veya evli ve heteroseksüel çiftlerin ya da ülkede yasal oturma iznine sahip olanların kullanabileceği yönde sınırlamalara rastlanıldığı gibi<sup>24</sup>, sayıca az da olsa, uygulamayı herkese açık olarak düzenlemiş ülke örneklerine rastlamak mümkündür<sup>25</sup>.

Taşıyıcı gebelik uygulamalarının yaygınlaşmaya başladığı ilk dönemlerden bugüne uygulamanın yasak olduğu ülkeler olan Almanya, Fransa, İspanya, İtalya gibi ülkeler<sup>26</sup>, aralarında genetik bir bağ olup olmamasına bakılmaksızın çocuk ve onu dünyaya getiren kadın arasındaki ilişkiyi hukuken annelik olarak tanınmaktadır. Örneğin Fransa'nın, 1994 yılından itibaren taşıyıcı gebeliği bütün olasılıklarıyla (gönüllü-ticari/geleneksel-gestasyonel) yasaklaması ve bu yolla kurulabilecek yasal bir ebeveynlik ilişkisini olanaksız kılması bir yana, aynı zamanda bir suç olarak da düzenlemiş olduğu bilinmektedir<sup>27</sup>. Bu bakımdan bu ülkede 2013 yılında yürürlüğe giren 'evlilik eşitliği' yasası, aile ve aile ilişkilerine dair yeni düzenlemelere olanak sağlamaktaysa da<sup>28</sup> taşıyıcı gebelik ilişkili ortaya çıkabilecek olan soybağı değişikliklerine ilişkin yasak devam etmektedir<sup>29</sup>. Fransada'ki kamusal tartışmalar çerçevesinde taşıyıcı gebelik ko-

<sup>21</sup> Fransız Ceza Kanunu (227-13) (çevrimiçi) [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006418045](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418045), E.T. 15.08.2024.

<sup>22</sup> Örneğin Belçika, DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum, s. 5.

<sup>23</sup> İngiltere bu yönde örnek olarak gösterilmektedir. BEAUMONT, Paul., TRIMMINGS, Katarina, **International Surrogacy Agreements**, Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 376.

<sup>24</sup> Ukrayna ve Gürcistan bu konuda gösterilen güncel örnekler arasındadır (çevrimiçi) <https://www.ivfconceptions.com/countries-where-surrogacy-is-legal/>, E.T. 15.08.2024.

<sup>25</sup> Bu konuda güncel olarak ABD'nin bazı eyaletleri, Kolombiya, Meksika ve Arjantin örnek gösterilir. (çevrimiçi) <https://www.ivfconceptions.com/countries-where-surrogacy-is-legal/>, E.T. 15.08.2024.

<sup>26</sup> DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum.

<sup>27</sup> Fransız Medeni Kanunu 16-17 (çevrimiçi) [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006419302](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419302), Fransız Ceza Kanunu 227-13 (çevrimiçi) [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000006418043](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418043), E.T. 15.08.2024.

<sup>28</sup> (çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000027414540/>, E.T. 15.08.2024.

<sup>29</sup> (çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000027414540/>, E.T. 01.06.2024.

nusunun, “aşılmaması gereken bir kırmızı çizgi”<sup>30</sup> olarak kabul gördüğü ifade edilmektedir.

Taşıyıcı gebelik uygulamalarından doğan sorunları bir ölçüye kadar bertaraf eden uygulamalar Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Portekiz, Avustralya, Kanada, Yunanistan, Güney Afrika gibi ülkelerde görülmektedir<sup>31</sup>. Buradaki düzenlemelerde konu olan şey, taşıyıcı gebeliğin ticari bir amaçla yapılmasının yasak olması ve yalnızca özgecil taşıyıcılık uygulamalarına (bazen dolaylı yoldan da olsa) izin verilmesidir. Bazı ülkelerdeki uygulamalar bakımından işaret edilen bir noktaysa, aslında ‘özgecil’ bir taşıyıcı gebelik uygulamasına izin veriliyor olduğu görüntüsü altında, bu gönüllülük yorumunun çok geniş tutulması ve salt gebelik masraflarının çok ötesine geçen ve ticari bir boyuta varan ödemelerin konu olabilmeleridir<sup>32</sup>. Yine de konunun son derece değişken doğası nedeniyle gerek Avrupa ülkeleri gerekse dünyanın geri kalanı için mutlak ve stabil yasak ya da yasallıklardan söz edebilmek güçtür. Zira dünya genelinde de devletlerin kendi ulusal sınırları içinde gerçekleşecek taşıyıcılığa olanak sağlayıp sağlamamaları başka, ulus aşırı taşıyıcılık uygulamalarına göz yumup yummamaları başka konulardır. Bu bakımdan örneğin Çin, uygulamayı yasak kılrsa da bu konuda faaliyet gösteren kliniklerin en fazla sayıda olduğu ülkelere biri olarak anılmaktadır<sup>33</sup>.

Geçmişte taşıyıcı gebelik yöntemine olanak tanımış olan ülkelerinse son yıllarda geri adımlar atmaya başladıkları görülmektedir<sup>34</sup>. 2000’li yılların başından itibaren taşıyıcı gebelik konusunda on binlerce bebeğin dünyaya gelmesine olanak sağlayan Doğu Asya ülkelerinin, geçtiğimiz yıllarda bu pazarlarını ortadan kaldırmak ya da kısıtlamak yönünde önlemler aldığı bilinmektedir. Örneğin Hindistan, 2012 yılında, önce yeni düzenlemelere tabi tuttuğu uygulamayı 2016

<sup>30</sup> MALMANCHE, Hélène, “Relational surrogacies excluded from the French bioethics model: a euro-american perspective in the light of Marcel Mauss and Louis Dumont” **Reproductive biomedicine & society online**, Y. 2020, C. 11, s. 24.

<sup>31</sup> HORSEY, s. 5.

<sup>32</sup> DAVAKI, Konstantina, “Surrogacy Arrangements in Austerity Greece: Policy Considerations in a Permissive Regime, **Babies for Sale: Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction**, Ed. Miranda DAVIES, Londra, Zed Books, 2017, s. 142-159.

<sup>33</sup> SHI, Lei, Suurogacy in China, **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**, Ed. SCHERPE Jens GLYNN, Claire Fenton, KAAN, Terry, Cambridge, Intersentia, 2019, s. 360.

<sup>34</sup> “As Demand for Surrogacy Soars More Countries are Trying to ban it” *The Economist*, 2017 (çevrimiçi) [İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi \(İMİHFD\) • Cilt: 9 - Sayı: 2 - Eylül 2024](https://www.google.com/aclk?sa=l&ai=DChcSEwj11fbsi_SHAxXhqWgJHZELfwYABABGgJ3Zg&co=1&case=2&gclid=Cj0KcQjwq_G1BhCSARIsACc7Nx03hRoTSUdH365WLpi271b8i0Uj5fVxjuf5mS9M91xvRvB2mjYMid4aAvyvEALw_wcB&sig=AOD64_0NUe1No20Zzmfih77F1Wau5DTMw&q&nis=4&adurl&ved=2ahUKewiVye3si_SHAxXgQvEDHafqKHwQ0Qx6BAgSEAE, E.T. 15.08.2024.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

yılında tamamen yasaklamıştır<sup>35</sup>. Bu kısıtlamalar ve yasaklardaki motivasyonlardan bazıları geçmiş skandalların yarattığı hukuki sorunlar olmuşken, bazı durumlarda bunların ardındaki saikin, taşıyıcılık uygulamalarına başvuran bekâr ya da eşcinsel ebeveynlerin önüne geçmek olduğu belirtilmektedir<sup>36</sup>. Bir süre öncesine kadar “dünyanın rahmi<sup>37</sup>” yakıştırması ile anılan bu ülkelerden biri olan Tayland da yakın zamanda yaptığı bir değişiklikle, uygulamayı yalnızca kendi vatandaşları için ve bu kişilerin heteroseksüel ve evli olmaları şartına bağlı olarak sınırlandırma yoluna gitmiştir<sup>38</sup>. Bu değişimler sonrası, taşıyıcılık pazarının Kamboçya’ya kaymış olduğu, ancak bir süre önce bu ülkede de yasaklanmış olduğu yine yaşanan gelişmeler arasındadır<sup>39</sup>.

Güncel veriler ışığında halihazırda uygulamaya ticari boyutuyla olanak tanıyan ülkeler: ABD’nin bazı eyaletleri<sup>40</sup>, Meksika’nın bazı eyaletleri, Kolombiya, Ermenistan, Ukrayna ve Gürcistan olarak listelenmektedir<sup>41</sup>. Bu noktada, yakın zamana kadar ticari taşıyıcı gebeliğe olanak sağlayan ülkeler arasında listelenmekte olan Rusya’nın, taşıyıcılık yöntemini 1993 yılında bir infertilite tedavi seçeneği olarak devlet destekli yasal bir zeminde ele almış olduğu ancak bunun yakın yıllardaki konservatif devlet politikaları çerçevesinde bir değişikliğe uğradığı da belirtilebilir. 2022 yılı itibarıyla Rusya kendi vatandaşları dışındakiler için uygulamaya başvurmayı yasaklamıştır<sup>42</sup>. Taşyıcılık düzenlemeleri bakımından ilginç bir örnek de İsrail’dir. İsrail, özellikle nüfus politikası konusundaki motivasyonuna da dayanarak, uzun süredir taşıyıcı gebelik konusunu

<sup>35</sup> (çevrimiçi) [https://prsindia.org/files/bills\\_acts/bills\\_parliament/2016/Surrogacy%20bill%20as%20passed%20by%20LS.pdf](https://prsindia.org/files/bills_acts/bills_parliament/2016/Surrogacy%20bill%20as%20passed%20by%20LS.pdf), E.T. 15.08.2024.

<sup>36</sup> SENGUPTA, Ananya, Bigoted Nationalism Enters Womb, **Telegraph India**, 25.08.2016. (çevrimiçi) <https://www.telegraphindia.com/india/bigoted-nationalism-enters-womb/cid/1494660>, E.T. 01.06.2024.

<sup>37</sup> (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/article/world/thailand-bans-surrogacy-for-foreigners-in-bid-to-end-rent-a-womb-tourism-idUSKBN0LO078/>, E.T. 15.08.2024.

<sup>38</sup> FLORES, Claudia, “Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy”, **Chicago Journal of International Law**, Y. 2023, C. 23, S. 2, s. 413.

<sup>39</sup> Surrogacy Ban Lacks Force of Law, **Phom Penh Post**, 04.11.2016 (çevrimiçi) <https://www.phnompenhpost.com/national/surrogacy-ban-lacks-force-law>, E.T. 01.06.2024.

<sup>40</sup> ABD özelinde uygulamanın yasal olduğu eyaletler konu olabilirken, uygulamayı yasak addeden örneklerde gözetilen hususlardan biri de geleneksel taşıyıcılık yönteminde çocukla biyolojik bağı olan taşıyıcının doğduğu çocuğu ebeveyn adaylarına vermeye zorlanamayacağından hareketlidir. Böylece bazı eyaletler taşıyıcılık sözleşmelerinin yürürlüğe koyulamayacağını düzenlemiştir. Ne var ki bu konuda örnek olarak gösterilen Michigan Eyaleti de yakın zamanda bir değişikliğe gitmiş ve taşıyıcılığı cezai bir konu olmaktan çıkarmıştır. (çevrimiçi) <https://edition.cnn.com/2024/04/01/us/michigan-family-protection-act-paid-surrogacy/index.html>, E.T. 01.06.2024.

<sup>41</sup> (çevrimiçi) <https://surrogacy360.org/considering-surrogacy/current-law/>, E.T. 01.06.2026.

<sup>42</sup> FLORES, s. 415.

vatandaşları için yasal ve erişilebilir kılmaktadır<sup>43</sup>. Yakın geçmişte ülkenin Anayasa Mahkemesi, uygulamanın yalnızca heteroseksüel çiftlere ve bekâr kadınlara tanınırken eşcinsel erkeklere tanınmıyor olmasını, eşitlik ilkesine aykırı bularak, parlamentodan bu yönde bir düzenleme yapmasını istemiş ve nihayet 2022 yılı itibarıyla konuya ilişkin olan yasa bekâr erkekleri ve eşcinsel çiftleri de taşıyıcılık uygulamasının faydalanıcıları arasında listelemiştir<sup>44</sup>.

## II. TAŞIYICI GEBELİK VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORULAR

Taşıyıcı gebelik olgusunun yalnızca soyut ve kavramsal problemleri değil aynı zamanda uygulamanın taraflarının yaşamlarına etki eden pratik problemleri de ortaya koyuyor oluşu, bu konuda başvurulabilecek insan hakları argümanlarının da çeşitliliği sonucunu doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu uygulamanın farklı taraflarının bulunması, söz konusu taraflar bakımından, sürecin farklı aşamalarında, farklı insan haklarının ileri sürülebilmesine neden olmaktadır. Bu noktada, gerek literatürde taşıyıcı gebelik tartışmaları çerçevesinde konu edinen konu ve olaylar göz önüne alındığında gerekse sınırlı sayıdaki bölgesel yargı organlarının içtihatları değerlendirildiğinde akla ilk gelenler: Özel ve aile hayatına saygı hakkı, evlilik ve aile kurma hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, üreme sağlığı ve beden bütünlüğü hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi haklar olmaktadır. Şüphesiz bu başlıklardan her biri ve bunların barındırdığı teorik tartışmalar başlı başına birer irdeleme konusu olmaya müsaittir. Bu çalışmada daha yalın bir sınıflandırmayla yol alınarak, taşıyıcı gebelik sözleşmesinin taraflarından hareketle ileri sürülebilecek haklar açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki salt bireysel haklar yaklaşımına dayalı olan insan hakları düşüncesi ve hukukunun, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle ortaya çıkan ve komplike bir olgu olan taşıyıcı gebelik pratiğine istikrarlı, yalın ve mutlak olarak çözüm getiren bir tutum ortaya koyabilmesini ummak güçtür. Mevcut insan hakları argümanları, taşıyıcı gebelik konusundan doğan sorunlar karşısında, tüm taraflar açısından bir denge gözetebilecek olmakla birlikte, nihayetinde ancak uygulamanın taraflarından birinin menfaatinden yana olumlu ya da olumsuz bir yanıt verebilecektir. Bu konudaki argümantasyonu sınırlı

<sup>43</sup> TEMAN Elly, "Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control" **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, ed. E. Scott Sills, Cambridge University Press, 2016, s. 165-167.

<sup>44</sup> (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/world/middle-east/israels-supreme-court-rules-favour-same-sex-couplesurrogacy-rights-2021-07-11/>, E.T. 15.08.2024.



kılan bir diğer nokta da taşıyıcı gebelik pratiğinden doğan sorunların insan hakları organlarının gündeminde yerini almasının görece yakın tarihli oluşudur<sup>45</sup>. Zira Birleşmiş Milletler (BM) düzeyindeki insan hakları koruma mekanizmaları bakımından konunun yakın tarihlerde gündeme gelmeye başladığı ancak bu konuda henüz net bir tutum ve yaklaşımın bulunmadığı gözlemlenmektedir. Uluslararası insan hakları metinlerinde taşıyıcılık konusunu doğrudan ve açıkça ele alan bir sözleşme maddesinden söz etmek mümkün değilse de<sup>46</sup>, konunun doğal olarak çocuk hakları ve kadın hakları koruma mekanizmalarına bağlı organlar dahilindeki faaliyet ve raporlarda ele alındığı belirtilebilir. Bu konudaki ilk işaretler on yıl kadar önce Çocuk Hakları Komitesi'nin ülke izleme raporlarında, özellikle ABD, Meksika ve Hindistan'daki taşıyıcılık uygulamalarına ilişkin vurguyla başlamış görünmektedir<sup>47</sup>. 2018 yılında, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, BM Nüfus Fonu ve Dünya Sağlık Örgütü gibi çeşitli kurumlar tarafından Bangkok'ta gerçekleşen taşıyıcı annelik ve insan hakları konulu toplantı bu yöndeki somut adımlar için bir başka başlangıç noktası olarak işaret edilebilir. Konunun daha açık ve tarafgir bir tutumla BM nezdinde görünür olmasıysa, çocuk ticaretinin önlenmesi konusundaki BM Özel Raportörü'nün 2018 ve 2019 yıllarındaki raporlarıyla gündeme gelmiştir<sup>48</sup>.

### A. Taşıyıcı Gebelik Yapan Kadınlar Bakımından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları

Günümüzde gelişen farklı teknikler sayesinde, fetüsün genetik olarak kendisiyle hiçbir bağı bulunmayan kişilerin rahimlerinde taşınabilmesi olgusu, konuya ilişkin feminist yaklaşımlar bakımından da farklı bakış açılarının doğmasına neden olmuştur. Zira 20. yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla bu yöndeki bazı yaklaşımlar, annelik olgusuna ilişkin pratiklerden bazılarının kadınların toplumsal hayata katılımı ve özgülleşmesinin önünde bir engel olduğuna işaret eder-

<sup>45</sup> Bu husus destekli üreme sistemleri çerçevesinde taşıyıcı annelik konusunun arizi olarak daha önce bölgesel ve uluslararası örgütlerin politika ve tavsiye kararlarında belirmediği anlamına gelmez. Burada ifade edilen nokta taşıyıcı gebelik konusunun bizzat uluslararası insan hakları hukukunun araçları olan sözleşme ve yumuşak hukuk belgeleri tarafından yakın zamanda gündeme gelmiş olmasıdır.

<sup>46</sup> Avrupa Konseyi araçları açısından da taşıyıcı gebeliği yeknesak bir biçimde ele alan tek bir tanımdan söz etmek mümkün değildir. Konuyu dolaylı olarak ele alan farklı rapor ve tavsiye kararlarda bir tanım birliğine rastlanıldığı da söylenemez. Nitekim Konsey kapsamında biyoetik ve insan hakları ilişkisini konu edinen, bağlayıcı bir sözleşme olan ve Oviedo Sözleşmesi olarak bilinen sözleşme taşıyıcı gebelik konusuna ilişkin bir düzenlemeye sahip değildir.

<sup>47</sup> CRC/C/OPSC/USA/CO/2, para. 29; CRC/C/IND/CO/3-4, para. 57; CRC/C/MEX/CO/4-5, para. 69; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, para. 24; CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, para. 28.

<sup>48</sup> Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, 15.01.2018, A/HRC/37/60; A/74/162.

ken<sup>49</sup>; gebelik, doğum yapma, emzirme gibi faaliyetlerin kaçınılmaz olarak kadınsal birer eylem olduğuna, ancak doğumun akabindeki süreçte konu olan bakım ve ‘annelik emeği’nin farklı bir sürece işaret ettiğine vurgu yapmıştır<sup>50</sup>. Bununla birlikte, her ne kadar infertil kadınların ve biyolojik yollarla çocuk sahibi olamayan diğer çiftlerin ebeveyn olma istekleri bakımından olumlu bir seçenek olarak belirse de bu yöntem, halihazırda, ancak yine bir başka kadının bedeni ve dokunulmazlığı üzerinden gerçekleştirilen bir uygulama olarak var olmaktadır<sup>51</sup>. Bu doğrultuda, bu pratiğin kadın bedenini araçsallaştırdığı<sup>52</sup>, kadının otonomisine ve insan onuruna yönelik bir tehdit olduğu<sup>53</sup>, bir tür kölelik biçimi olduğu<sup>54</sup> yönünde argümanlar olduğu kadar; bu yöntemin kadınları (gerçekten özgür iradeleri ile olduğu varsayımında) kendi bedenleri üzerinde tercihlerde bulunabilme imkânı tanımak yoluyla özgürleştirdiği<sup>55</sup> ya da bir tür cinsiyet dayanışması örneği<sup>56</sup> olduğu yönünde argümanlar da yer bulmaktadır. Bu çalışmanın kapsam ve sınırları bakımından bu tartışmaları derinlemesine serimlemek mümkün olmasa da feminist yazın bakımından konunun ağırlıkla kadınlar açısından yarattığı dezavantajlar ve hak ihlallerine odaklandığımı söylemek yanlış olmayacaktır.

### 1. Taşıyıcı Gebelik Sözleşmelerinin Niteliği ve Bunların Tarafı Olmak Bakımından Doğan Sorular

Taşıyıcı gebelik ve kadının insan hakları ilişkisi, şüphesiz yukarıda işaret edilen farklı yaklaşımlar çerçevesinde, farklı sorunsallaştırmalara konu olabilecektir. Olgunun insan hakları bakımından uyandırdığı soru işaretlerinden ilki, bir kadının, ticari bir taşıyıcı gebelik sözleşmesinde yer almak yönündeki giri-

<sup>49</sup> FIRESTONE, Shulamith, **The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution**, William, Morrow and Co., 1970, s. 72.

<sup>50</sup> RUDDICK, Sarah, **Maternal Thinking: Towards a Politics of Peace**, Beacon Press, 1989, s. 42.

<sup>51</sup> CORRADI, Consuelo, “Motherhood and the Contradictions of Feminism: Appraising Claims Towards Emancipation in the Perspective of Surrogacy”, **Current Sociology**, Y. 2021, C. 69, S. 2, s. 159, 165.

<sup>52</sup> Hindistan’da yapılan taşıyıcılık sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda taşıyıcının hayati tehlike arz eden bir hastalığa yakalanması durumunda, yaşam destek ünitelerine bağlanarak çocuk doğana kadar hayatta tutulacak olması şartının yer aldığı belirtilir. UKELES, Laufer Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy”, **Ind LJ**, Y. 2013, C. 88, s. 1268.

<sup>53</sup> BANDELLI, Daniela, “Feminism and Gestational Surrogacy: Theoretical Reconsiderations in the Name of the Child and the Woman”, **Italian Sociological Review**, Y. 2019, C. 9, S. 3, s. 348, 353.

<sup>54</sup> ALLEN, “Anita L., Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Y. 1990, C. 13, s. 140.

<sup>55</sup> PANDE, Amrita, **Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India**, New York, Columbia University Press, 2014, s. 203, 205.

<sup>56</sup> JACOBSON, Heather, “The Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies”, New Jersey, **Rutgers University Press**, 2016, s. 91, 92, 113.

şiminin yasalarca engellenmesinin, herhangi bir insan hakkı normuyla korunup korunamayacak oluşudur. Bir başka ifadeyle, kadınların taşıyıcı gebelik yapmalarının yasalarla engellenmesi karşısında, onlara bu güvenceyi sağlayabilecek bir insan hakkının varlığından söz edilebilecek midir? Bu noktada, insan haklarını, içinden elverişli olanın seçip beğenilebileceği renkli bir katalog olarak düşünmekten öte, bu hakların temelinde yatan ve onlara meşruiyet sağlayan değer ve kavramlarla birlikte ele almak gerekeceği aşikârdır<sup>57</sup>. Dolayısıyla bu soruyu yanıtlarken iki farklı temel argümanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu argümanlardan ilki, taşıyıcı gebelik pratiğinin kadınların halihazırdaki eşitsiz konumunu pekiştirerek, kadın bedenini metalaştırdığı ve bu pratiğin -büyük oranda belirli toplumsal ekonomik şartların yokluğu halinde başvurulmuş bir seçenek olması itibarıyla- taşıyıcı kadının bu yöndeki rızasının hiçbir zaman tam olarak ‘özgür bir rıza’ olarak kabul edilemeyeceği<sup>58</sup> yönündeki argümandır. Gözetilebilecek bir diğer argüman ise, ticari taşıyıcı gebelik uygulamasının, bazı kadınların hem bireysel ekonomik durumlarını hem de kendi aralarındaki dayanışmayı artırdığı ve böylelikle onları özgürleştiren bir uygulama olduğu iddiasıdır<sup>59</sup>. Benzer biçimde, ticari taşıyıcı gebelik anlaşmaları çerçevesinde kadınlara yapılan ödemelerin niteliği değerlendirilirken, bu ödemelerin kadınları metalaştırdığı ve insanlık onurlarını ihlâl ettiği yönündeki argümanlar dikkate alınabileceği kadar, bu yönde bir ödemedir mahrum bırakılmalarının ya da yeteri kadar ödeme almamalarının da yine bir emek sömürsü nesnesine dönüşmelerine neden olacağı argümanları gözetilebilecektir<sup>60</sup>. Öte yandan bu teorik argümanlar, hâlihazırda pratiğin uygulanışının önünde bir engel olarak yer almadığı gibi, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmesinin taraflarının reel sorunlarında başvurulabilecek insan haklarının neler olacağı konusunda da tek başına yol gösterici olamayacaktır. Bir başka ifadeyle, günümüzde ticari taşıyıcı gebelik pratiğiyle ilişkili insan hakları sorunları, aynı zamanda, pratiğin ahlâken doğruluğu ya da yanlışlığı konusunun ötesindeki bir gerçeklik alanıyla da ilintilidir.

Nitekim mevcut paradigmada da bu soruların yanıtları, aslında kadınlar tarafından değil, düzenlemeyi olanaklı kılan ya da yasaklayan devletler tarafından

<sup>57</sup> Bu konuda bir argüman için bkz. ERGAS, Yasmine, “Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, *Emory International Law Review*, Y. 2013, C. 27, S. 1, s. 151.

<sup>58</sup> SATZ, Debra, *Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford Uni. Press, 2010, s. 96, 130.

<sup>59</sup> JACOBSON, s. 91.

<sup>60</sup> WILKINSON Stephen, “The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy” *Bioethics*, Y. 2003, C. 17, S. 2, s. 172.

verilmektedir. Yakın geçmişte bazı devletler taşıyıcı gebelik yapan kadınları insan kaçakçılığıyla suçlayabilmiş, cezalandırabilmiş ve kimi durumlarda dünyaya gelen çocukları büyütmeyle zorlayabilmiştir<sup>61</sup>. Bu bakımdan uygulamaya yönelik var olan düzenleme ya da yasakların, kişilerin haklarını gözetmekten öte, devletlerin biyo-politik ajandaları, nüfus ve milliyetçilik politikaları gibi motivasyonlarla ya da sağlık turizmi ekonomisi gibi kaygılarla kaleme alındığı düşünülmektedir<sup>62</sup>. Bu noktada akla gelen bir diğer soru da taşıyıcılık düzenlemesini yasak adedenden devletlerin bu yönde bir devlet ahlâkını savunurken ne noktada piyasanın işleyişine göz yummayı seçtikleridir. Örneğin Türkiye 2010 yılında üçüncü taraflardan üreme desteği almak yönünde seyahat etmeyi yasaklayan ilk yasal düzenlemeye imza atmıştır<sup>63</sup>. Öte yandan bugün online arama motoruna ‘taşıyıcı annelik’ yazıldığında onlarca seçenekle karşılaşılması bu politika dahilinde bazı soru işaretleri uyandırmaktadır. Devletlerin ideal ve pratik arasındaki bu gibi iki yönlü politikaları nedeniyle, taşıyıcı gebelik bağlamında konu olabilecek hakların korunmasında ve bu haklardan yararlanmada küresel bir eşitliğin sağlanabilmesi için, insan hakları ışığında global düzenlemelere ve iş birliğine ihtiyaç duyulduğu yönündeki argümanlar giderek görünüm bulmaktadır<sup>64</sup>.

Bu tartışmalar ışığında uluslararası insan hakları güvenceleri bakımından ticari anlamda taşıyıcı gebelik yapmak isteyen kadınlar açısından başvurulabilecek haklar arasında ilk akla gelenler kadınların üreme özerkliği ve özel hayata saygıyla ilgili olan haklardır. Taşıyıcı gebelik yapan kadınların, özellikle az gelişmiş ülkeler konu olduğunda, genellikle eğitimsiz ve yoksul kimseler olduğu<sup>65</sup> yönündeki verilere ek olarak aynı zamanda bazı ülkelerde de kendi sosyal çevrelerinden ve ailelerinden dışlanmaları ve bu tercihleri nedeniyle damgalan-

<sup>61</sup> 2016 yılında Kamboçya’da yaşananlar bunun bir örneğidir. Bu konudaki anlatılara erişmek için bkz: (çevrimiçi) <https://newnaratif.com/a-surrogate-family-and-the-law-that-criminalised-them/>, E.T. 01.06.2024.

<sup>62</sup> Örneğin Rusya yakın bir geçmişte uygulamayı kendi vatandaşları dışındakilere yasaklarken başka ülkelerin nüfus problemlerini çözmenin Rusya’nın sorunu olmadığını belirtmiştir. (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/world/russias-duma-passes-bill-banning-surrogacy-foreigners-2022-12-08/>, E.T. 01.06.2024.

<sup>63</sup> GURTİN, Zeynep B., “Banning Reproductive Travel: Turkey’s ART Legislation and Third-Party Assisted Reproduction”, **Reproductive BioMedicine Online**, Y. 2011, C. 23, s. 556.

<sup>64</sup> FLORES, s. 396.

<sup>65</sup> ELFERS, Isa, “Alienation, Commodification, and Commercialization: A Feminist Critique of Commercial Surrogacy Agreements Through the Lens of Labor Exploitation and U.S. Organ Donation Law”, **Hastings Journal on Gender and the Law**, Y. 2022, C. 33, S. 2, s. 171; PANDE Amrita, “Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker”, **WOMEN CULTURE & SOC’Y**, Y. 2010, C. 35, s. 971.

maya maruz kalıyor olmaları<sup>66</sup> gerçeği, taşıyıcı gebelik konusunun tıpkı diğer bedensel emeğe ilişkin işlerde olduğu üzere, yasal bir çalışma biçimi olarak ele alınması gerektiğini düşündürmektedir. Bu bakımdan şu ya da bu nedenden dolayı ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinin tarafı olan kadınlara yönelik var olan önyargı ve ayrımcılık pratiklerini bertaraf etmek adına, taşıyıcı gebeliğin meşru bir bedensel emek biçimi olarak ele alınması ve bu sözleşmelerden doğan borç ve ödeme ilişkilerinin çalışma hayatını güvence altına alması gereken haklarla desteklenmesini öneren yaklaşımlar bulunmaktadır<sup>67</sup>. Ne var ki mevcut uluslararası hukuk standartları bu konuyu ele almak adına yeterli bir noktada değildir. Oysa taşıyıcı gebelik, ekonomik haklar söylemi içinde ‘üreme emeği’ yönünde bir emekle ilişkilendirilebilecek olduğunda, geleneksel iş ve işçi hakları bağlamında kategorize edilebilecektir. Bu sağlandığı takdirde bazı yazarlara göre konunun Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 183 sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi de dahil olmak üzere farklı ekonomik insan haklarıyla desteklenebilmesi olasıdır<sup>68</sup>. Şüphesiz bu öneri taşıyıcı gebelik uygulamasının barındırdığı etik problemlere rağmen var olduğu ve var olmaya devam edeceği gerçeği karşısında öne sürülen bir yaklaşımdır. Öte yandan konunun salt bir sözleşme özgürlüğü kapsamında ele alınmasının sakıncalarına işaret eden görüşler, bu özgürlüğün kapsamının bir ‘hizmet alışverişini’ konu edinirken aynı zamanda insan onuru ve kişinin gelişimi gibi toplumsal kaygıları da esas alması gerektiğine dikkat çekmeye devam etmektedir<sup>69</sup>.

## 2. Taşıyıcı Gebelik Sözleşmeleri Bakımından Kadının Üreme Özerkliği Konusundan Doğan İnsan Hakları Soruları

Taşıyıcı gebelik yapan kadınlar açısından bu sözleşmelerin içinde yer aldıkları sonra karşılaşılan insan hakları sorunlarıysa, daha somut ve aciliyet arz eden konulara ilişkindir. Zira tüm bu konular, söz konusu ‘hizmetin’ bedensel bir zeminde sunuluyor olması nedeniyle, kadınların özerklik alanları ile ilgilidir. Örneğin taşıyıcı kadının gebeliği süresince yaşam biçiminin düzenlenmesi ve kısıtlı bir diyet tabii olması zorunluluğu, ebeveyn adayları tarafından fetüsü seçmeyi ve azaltmayı ya da olası gelişimsel bozukluklar nedeniyle gebeliğe son vermeyi ola-

<sup>66</sup> KHVOROSTYANOV Natalia., YESHUA-KATZ, Daphna, “Bad, Pathetic and Greedy Women: Expressions of Surrogate Motherhood Stigma in a Russian Online Forum”, *Sex Roles*, Y. 2020, C. 83, s. 475.

<sup>67</sup> DANIELOWSKI, Lauren, Reproduction as Work: Addressing a Gap in Current Economic Rights Discourses, *Health and Human Rights Journal*, Y. 2023, C. 25, S. 2, s. 35.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> ALLEN A. Adeline, “Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Y. 2018, C. 41, s. 774.

naklı kılan hükümler ve bazı durumlarda da taşıyıcı gebenin kürtaja erişiminin engellenmesi gibi şartların hayata geçirilmesi<sup>70</sup>, insan hakları boyutuyla soru işaretleri uyandırmaktadır. Bu konuda insan hakları güvenceleri bağlamında ilk akla gelen haklar, taşıyıcının sağlık hakkı ve beden bütünlüğü, insanlık dışı ve kötü muameleye uğramama hakkı, özel ve aile hayatına saygı gibi haklar olacaktır<sup>71</sup>.

Öte yandan taşıyıcı gebeliğin, tanım itibarıyla, bir kadının başkası için çocuk dünyaya getirmek yönündeki irade ve eylemi olduğu kabulü, taşıyıcı gebenin fetüsle olan ilişkisindeki rolü ve belirleyiciliği konusunda etik ve hukuki soru işaretlerini uyandırmaktadır<sup>72</sup>. Bir başka ifadeyle, şayet taşıyıcı gebelik bir başkası için sunulan ve bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşen biyolojik bir hizmetten ibaretse, bu takdirde bu hizmetin konusu olan fetüsün yaşam hakkı ve buna etki edecek etmenler üzerinde tasarrufta bulunabilecek olan tarafın da ebeveyn adayları olabileceği yönünde bir argüman belirmektedir<sup>73</sup>. Söz konusu argüman, ebeveyn adaylarının bilhassa fetüsle genetik bir bağının bulunduğu gestasyonel gebeliklerde gündeme gelmektedir. Dolayısıyla bu savunu, ebeveyn adaylarının, taşıyıcı kadının fetüsle ilişkisinden doğan beden bütünlüğüne karar vermek yönünde bir hakka sahip olabilecekleri yönünde bir argümanı da gündeme getirmektedir<sup>74</sup>. Ticari taşıyıcılık sözleşmelerinden bazıları, taşıyıcı gebelerin tek taraflı olarak kürtaja erişimini kısıtlarken, ebeveyn adaylarına fetüs seçimi ve azaltımı konusunda da haklar tanımaktadır<sup>75</sup>. Nitekim, farklı ülke örneklerinde, doğacak çocuğun cinsiyetinin dahi gebeliği sonlandırmak yönünde bir gerekçe olarak hükme bağlandığı ve ebeveyn adaylarının bu nedenlerle sıklıkla kürtaja başvurulmasını istediği aktarılmaktadır<sup>76</sup>.

Diğer yandan yazarlar, her ne kadar bu yöndeki hükümler sözleşmelerde yer alabilse de, mevcut anayasal güvenceler ışığında bunların uygulanabilir

<sup>70</sup> UKELES, s. 1268.

<sup>71</sup> AİHM bakımından da üreme sağlığı, destekli üreme sistemlerine erişim, kişilerin ebeveyn olmak ya da olmamak yönündeki niyetleri, kürtaja erişim ve sterilizasyon gibi konular AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı maddesi çerçevesinde koruma bulmaktadır.

<sup>72</sup> METİN, s. 34.

<sup>73</sup> WALKER Ruth, Van Zyl Liezl, "Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Abnormality" *Bioethics*, Y. 2015, C. 29, s. 532.

<sup>74</sup> NAHIGIAN, Vanessa, "Procreative Autonomy in Gestational Surrogacy Contracts", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Y. 2019, C. 53, S. 1, s. 238.

<sup>75</sup> FORMAN, L. Deborah, "Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study", *Family Law Quarterly*, Y. 2015, C. 49, S. 1, s. 34.

<sup>76</sup> Bu konuda güncel örnekler Çin'deki sözleşmelerden gelmektedir. ZHAO, Yue, "Protection of rights and legal remedies for surrogate mothers in China" *Humanit Soc Sci Commun*, Y. 2023, C. 10, s. 824.

olmadığını belirtmektedir<sup>77</sup>. Bu bakımdan bu hükümlerin varlığının olası etkisinin olsa olsa doğan zararların tazminiyle sınırlı olacağına işaret edilmektedir<sup>78</sup>. Bu hükümler dünyanın farklı ülkelerindeki sözleşmelerde yer bulabilse ve pratikte kadınların özgür iradeleri olmaksızın icra ediliyor olsa da günümüz insan ve kadın hakları mücadelesinin kat ettiği yol, mevcut güvence ve standartlar akılda tutulduğunda açık birer insan hakkı ihlâli niteliğindedir. Zira kadınların kendi bedenlerini ve üreme fonksiyonlarını ilgilendiren konularda otonom tercihlerde bulunmaları eşitlik ilkesi, mahremiyet, fiziksel ve psikolojik bütünlük gibi hakların güvencesi kapsamında gözetilen temel bir kabuldür<sup>79</sup>. O halde bu noktada konu, kürtajın, ister olağan isterse taşıyıcı bir gebelikte olsun, kadının “yabancılaşmadığı<sup>80</sup>” ve kişilik hakkı ve otonomisi gereği bir sözleşmeyle vazgeçemeyeceği türden bir hak olması tartışmaları bağlamında ele alınacaktır.

Ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinden doğan bu türden sorunlara ilişkin örnekler, özellikle bu sözleşmelerin yaygın olduğu Kuzey Amerika özelinde yaşanmış olaylarda, yargı organları önünde konu olmaktadır<sup>81</sup>. Ne var ki bu olayların detayları ve buna bağlı tartışmaların ayrıntılarını burada konu edinmek olanaklı değildir<sup>82</sup>. Bu olaylarda konu olan şeylerden bazıları, kimi durumlarda fetüsün gelişimsel bir anomaliye sahip olması nedeniyle dünyaya gelmesinin önlenmek istenmesi ve böylece taşıyıcı kadının gebeliği sonlandırmaya zorlanması ve bunun sağlanmadığı hallerde dünyaya gelen çocuğun akıbeti ve hukuki ebeveynlik ilişkisinin belirlenmesi<sup>83</sup> kimi durumlardaysa ebeveyn adaylarının sırf çocuğa sahip

<sup>77</sup> ROSENBERG, Meryl B, “Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements”, **Fam. Adv.**, Y. 2011, C. 34, s. 23, 24.

<sup>78</sup> FORMAN, s. 35.

<sup>79</sup> “Women’s Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends” **CEDAW Position Paper** by the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, 2017, s. 1, 5, 7 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WG/WomensAutonomyEqualityReproductiveHealth.pdf>, E.T. 01.06.2024.

<sup>80</sup> Bu noktada kürtajın “yabancılaşılması mümkün olmayan” ve bu nedenden dolayı “kendisinden vazgeçilmesi mümkün olmayan” türden bir hak olduğunu belirten yazarlar, bunu taşıyıcı annenin kişilik hakkı ve otonomisi ile değerlendirmişlerdir. METİN, s. 34, 35.

<sup>81</sup> Örneğin Kaliforniya Yüksek Mahkemesi 1993 yılında “gestasyonel” taşıyıcılık sözleşmelerinde yer alan hükümlerin bağlayıcı olduğu konusunu ve bunların kamu yararını tehdit etmediğini ilk kez Johnson v Calvert kararında ortaya koymuştur. SAKIMURA, Catherine, “Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993)”, **Feminist Judgments: Reproductive Justice Rewritten** (ed. Mutcherson, Kimberly M) Cambridge University Press, 2020. s. 124.

<sup>82</sup> Bu olaylardan bazılarını ve konunun Türk Ceza Hukuku bakımından olası bir değerlendirmesini ele alan bir çalışma için bkz. İLTAŞ, s. 1011.

<sup>83</sup> (çevrimiçi) <https://edition.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle/index.html>, E.T. 15.08.2024.

olmaktan vazgeçmek yönündeki istemleri nedeniyle gebeliğe son vermek istemele-ri ya da dünyaya gelen çocuğu kabullenmek istemeyişleridir<sup>84</sup>. Belirtildiği üzere kadının insan hakları bakımından taşıyıcı gebelik sözleşmelerinde yer alabilen kürtaja erişimi engelleyici ya da buna zorlayıcı hükümlerin niteliği aslında tartışmaya fazla yer bırakmayacak nitelikte açık birer insan hakkı ihlâli niteliğindedir. Nitekim bu yorumu destekleyen görüşler de kadının herhangi bir sözleşmeyle kendi bedenine ve sağlığına ilişkin kontrolü bir başkasına devredecek olması konusunun bir tür kölelik sözleşmesi olacağını ve böylesi bir sözleşmenin toplum değerleri bakımından korunmaya değer olmadığını belirtmektedir<sup>85</sup>. Taşıyıcı gebelik sözleşmelerini yasal addeden eyaletler özelinde bu konuyu ele almış olan farklı yazarlarsa, kürtaj ve mahremiyet arasındaki ilişkinin gözetilmiş ve mahremiyet hakkının öncelenmiş olduğu yüksek mahkeme kararlarından hareketle, gebe kadın ve ebeveyn adayları arasında kürtaj konusunu gündeme getiren ve sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olacak olması halinde, sözleşmenin şartlarından bağımsız olarak, anayasal güvencelerin devreye gireceğine işaret etmektedir<sup>86</sup>.

Kürtaja erişim önündeki genel engel ve yasaklarına, AİHM tarafından bu güne kadar gerek özel hayatı koruyan 8. madde gerekse işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağını konu edinen 3. madde bağlamında gözetildiği bilinmektedir<sup>87</sup>. Mahkeme, ulusal yasaların olanak sağladığı durumlarda kürtaja erişim konusunun salt teorik değil somut bir hak olması gerektiğini özellikle vurgulamıştır<sup>88</sup>. Yukarıda konu edilen soru taşıyıcı gebelik bağlamında ve ebeveyn adayları bakımından düşünülecek olduğundaysa, Mahkeme'nin geçmişte İtalyan yasalarının gebeliğin ilk 12 haftasında yalnızca annenin iradesiyle sona erdirebilmesinin aile kurma hakkı önünde bir engel olarak yer aldığı iddia eden bir başvuruyu kabul edilemez buluşu hatırlatılabilir<sup>89</sup>. Bunun ötesinde kişilerin kendileriyle genetik bağa sahip bir çocuğa sahip olabilecek şekilde üremek istemeleri konusu, bugüne kadar AİHM'nin önüne embriyoyu konu edinen bir kaç dava aracılığıyla gelmişse de zaten sınırlı sayıda olan taşıyıcı gebeliğe iliş-

<sup>84</sup> (çevrimiçi) <https://www.theatlantic.com/health/archive/2016/02/surrogacy-contract-melissa-cook/463323/>, E.T. 15.08.2024.

<sup>85</sup> WALKER, s. 532.

<sup>86</sup> NAHIGIAN, s. 255.

<sup>87</sup> Örneğin Tysiac v Polonya, Başvuru No. 5410/03, 24.09.2007; A, B ve C v İrlanda, Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010; RR v Polonya, Başvuru No. 27617/04, 28.11.2011.

<sup>88</sup> AİHM, RR v Polonya, Başvuru No. 27617/04, 28.11.2011 (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-104911%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-104911%22]}) E.T. 15.08.2024.

<sup>89</sup> AİHM, Boso v İtalya, Başvuru No. 50490/99, 05.09.2002 (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-23338%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-23338%22]}), E.T. 15.08.2024.



kin yakın tarihli başvurularında fetüs ve kürtaj konusu Mahkeme gündemine gelmemiştir. Konsey üye ülkeleri arasında ticari taşıyıcı gebelik uygulamasını olanaklı kılan az sayıda ülke olması, Mahkeme'nin kürtaj ve taşıyıcı gebelik ilişkisi konusunda olası bir davayla karşılaşmasını ve bu konuda potansiyel ebeveynlerden gelecek itirazları ele alabilmesi ihtimalini azaltmaktadır.

Taşıyıcı gebelik sözleşmeleri, ebeveyn adaylarının kendileriyle genetik bağına sahip olabilecek bir çocuğa sahip olabilmeleri yönündeki tek yöntem olsa dahi, bu nokta taşıyıcı gebe kadının sağlık ve bedensel özerkliğinden daha önemli bir argüman olarak yöneltilemeyecektir<sup>90</sup>. Bu bakımdan üremek ve bu yolla bir aile kurmak söz konusu olduğunda, bunun bir ölçüde insan hakları bakımından güvence altına alınmış bir hak olduğundan söz edebilirken, kişilerin doğal olmayan yollardan ve mutlaka kendileriyle genetik bağına sahip bir çocuğa sahip olabilmeleri yönünde mutlak bir hakkın varlığından söz edilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki bu istemi gerçek kılabilmek adına bu yöndeki yardımcı üreme teknolojilerine erişim hakkı başkaca bir tartışma noktasıdır. AİHM her ne kadar *Evans v. Birleşik Krallık* kararında, kişinin geçmiş partneriyle oluşturduğu embriyoları kullanmak yönündeki istemini, genetik ebeveynlik istemine ilişkin arz ettiği önem nedeniyle özel hayata saygı bağlamında ele alabilmişse de söz konusu olan başkalarının özel hayat ve mahremiyete ilişkin haklarının gözetilmesi olduğunda, bu ilk menfaatin dengelenmesi ve ikincil planda olması gereğinden yana bir tutum ortaya koymuştur<sup>91</sup>.

Ticari taşıyıcı gebelik sözleşmesinin tarafı olan kadınlar açısından yukarıda anılan konular çerçevesinde dünyanın farklı ülkelerinde de yakın geçmişte bir dizi hak ihlâlinin yaşanmış olduğuyusa bilinmektedir. Örneğin Hindistan'a ilişkin çalışmalar, geçmişte taşıyıcıların bulunması için görev yapan simsarların, köylere giderek potansiyel adaylara ilgili klinikler konusunda bilgi verdiklerine ve okuma yazma oranı düşük olan bölgelerde yapılan sözleşmelerin içerikleri bakımından ciddi insan hakları sorunlarını barındırdığına işaret etmektedir<sup>92</sup>. Bu konuda ses getirmiş olan bir başka örnekte yine Hindistan'da yapılan bir taşıyıcılık sözleşmesinin tarafları olan Japon çift, hamileliğin sekizinci ayında boşanmaya karar vererek doğacak çocuğu istemediklerini belirtmişlerdir. Son derece komplike bir seyir

<sup>90</sup> ROSENBERG, s. 24; AİHM'in bu yöndeki yaklaşımı yaklaşımını *Boso v İtalya* kararında da görmek mümkündür.

<sup>91</sup> AİHM, *Evans v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80046%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

<sup>92</sup> CHOUDRY, Cyra Akila, "Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation", *Oxford Handbook Topics in Law*, 2016 (çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.38>, E.T. 01.06.2024.

izleyen olayların ve bir dizi davanın sonucunda Hindistan'da dünyaya gelen çocuğa ancak insani gerekçelerle bir vize sağlanabilmiş ve babalık bağı ancak Japonya'da aranma yoluna gidilebilmiştir<sup>93</sup>. Uygulamanın yeterince iyi düzenlenmediği ve yasal boşlukların olduğu ülkelerde, taşıyıcılık sözleşmelerinden doğan yükün taşıyıcı annelere yüklendiği ve bu kişilerin cezalandırılarak dünyaya gelen çocukları büyütme zorlandığı trajik örnekler cereyan edebilmiştir<sup>94</sup>. Tüm bu nedenler dolayısıyla bazı yazarlar ısrarla taşıyıcılığın yasaklanması yönündeki düzenlemelerin, aslında kadınları insan kaçakçılığı ve emek sömürüsü bakımından daha kırılğan pozisyonlara taşıdığına işaret edilmektedir<sup>95</sup>.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi Komitesi'nin, konuyla ilgili doğrudan görüşlerini ise ancak 2019 yılında, Kamboçya'nın periyodik raporuna ilişkin sonuçlarında bulmak mümkündür<sup>96</sup>. Uluslararası STÖ'lerin bu yöndeki girişimlerinin de etkisiyle raporda taşıyıcı gebelik yapan kadınlar bölümüne ayrı bir başlık ayıran Komite, ülkede 2016 yılında her türlü taşıyıcı anneliği suç sayan bir karar alınmasından bu yana, "taşıyıcı annelik yapan 60'tan fazla kadının tutuklanmasından" duyduğu endişeyi dile getirmiştir. Komite, ayrıca "bazı kadınların hamileliğe devam etmelerine zorlanmalarını ve taşıyıcı annelik yaptıkları çocukları 18 yaşına gelene kadar kendi çocukları gibi yetiştirmeleri şartıyla kefaletle serbest bırakılmalarını" konu edinecek, bu yönde bir yükümlülüğün bu kadınların daha en başında taşıyıcı annelik yapmalarına neden olan güvencesiz durumlarını pekiştirdiğine, bunun toplumsal bir ayrımcılık ve damgalanma durumu yarattığına işaret etmiştir<sup>97</sup>.

## **B. Ebeveyn Adayları ve Sosyal Ebeveynler Açısından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları**

Üreme haklarının insan hakları olarak tanınım kabul bulmasında, büyük oranda, bu yöndeki kısıtlayıcı politikaların rol oynadığı bilinmektedir. Zira devletlerin ekonomik kalkınma hedefleri ve ulus inşası adına olan kısıtlayıcı nüfus politikaları, geçmişte zorunlu kısırlaştırmalara ve kürtajlara yol açabildiği gibi

<sup>93</sup> (çevrimiçi) <https://www.independent.co.uk/news/world/asia/surrogate-baby-stranded-in-legal-limbo-886512.html>, E.T. 01.06.2024.

<sup>94</sup> (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/article/world/surrogate-mothers-from-cambodia-given-suspended-jail-terms-in-landmark-case-idUSKBN2111NP/>, E.T. 01.06.2024.

<sup>95</sup> RUDRAPPA, "Sharmila, Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India, 2002-2015", *CRITICAL SOC.*, Y. 2017, C. 44, s. 7.

<sup>96</sup> CEDAW/C/KHM/CO/6, 12.11.2019 (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/3838743?v=pdf>, E.T. 15.08.2024.

<sup>97</sup> Ibid. para. 46.

bazı ülkeler bakımından tam tersi bir kaygıyla, doğum kontrolünü suç sayabilmiştir. Ancak son otuz yıldır, insan hakları normlarının devletlerin bu yöndeki zorlayıcı uygulamalarının önüne geçmek için -yeterince saygı duyulup duyulmamalarından bağımsız olarak- var olduğu bilinmektedir<sup>98</sup>.

## 1. Ebeveyn Adaylarının Kendileriyle Genetik Bağa Sahip Bir Çocuğa Sahip Olma Hakkı?

Kişilerin doğal yollarla genetik aktarımlarını devamlı kılmak adına giriştikleri ‘üreme’ faaliyeti, insan olma tecrübesinin bir parçası olarak gözetilse de ‘ebeveynlik’, üreme faaliyetinin kendisinden bağımsız ve üreme olmaksızın da sosyal ve psikolojik boyutuyla konu olabilen bir olgudur. Bu bakımdan taşıyıcı gebelik uygulaması çerçevesinde ebeveyn olma niyetinde olan kişilerin haklarını ele alırken, bu kişilerin doğacak çocukla genetik bir bağlarının olup olmayacağına göre, soruların niteliği şekillenebilecektir. Beliren ilk soru: kişilerin genetik bir çocuğa sahip olmak yönünde bir insan hakkının varlığından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada konunun genel çerçevesinden kısaca söz edilebilir. İfade etmek gerekir ki geçmişte AİHM kararları, kişilerin üreme yoluyla aile kurmak yönündeki haklarını, AİHS’nin 12. maddesinde yer alan evlenme ve aile kurma hakkı bağlamında koruyan bir görünüm çizmiş olsa da<sup>99</sup> Mahkeme’nin ilerleyen dönemlerinde üreme konusu, daha ziyade aile kavramının ötesinde, genetik bir ebeveyn olabilmek hakkı bağlamında ve Sözleşme’nin özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi çerçevesinde ele alınmıştır<sup>100</sup>. Bu bağlamda kişilerin kendileriyle genetik bağları olan çocuklara sahip olabilmek adına destekli üreme sistemlerine erişiminin, evlilik dahilinde olduğu durumlarda Sözleşme’nin 12. maddesi bağlamında koruma bulabildiği ancak bu hakkın günümüzde çok daha fazla bir oranda 8. maddenin koruma alanı çerçevesinde güvence bulunduğu söylenebilir<sup>101</sup>. Bunlarla birlikte AİHS’nin 14. maddesindeki

<sup>98</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art.12 ICESCR), 11.09.2000, UN Doc. E/C.12/2000/4; CESCR General Comment No. 22: The Right to Sexual and Reproductive Health (Art.12 ICESCR), 02.05. 2016, UN Doc. E/C.12/GC/22.

<sup>99</sup> AİHK, X v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 841678, 13.05.1980 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%7B%22ENG%22%7D,%22appno%22:%7B%227547/76%22%7D,%22documentcollectionid%22:%7B%22DECCOMMISSION%22%7D,%22itemid%22:%7B%22001-74380%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

<sup>100</sup> AİHM, Evans v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-80046%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

<sup>101</sup> AİHM, SH. ve Diğerleri v. Avusturya, Başvuru No. 57813/00, 03.11.2011 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-107325%22%7D%7D>; AİHM, Knecht v. Romanya, Başvuru No. 10048/10, 11.02.2013 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-113291%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

ve 12. Numaralı Ek Protokolü'ndeki ayrımcılık yasağı argümanının da kimi durumlarda başvuruçular tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir<sup>102</sup>.

Öte yandan burada konu olan önemli bir nokta, ebeveyn olmak isteyen kişilerin destekli üreme sistemlerine erişiminin önündeki yasal engellerin Sözleşme'ye aykırılığı olup, söz konusu koruma, kişilerin bu hakka erişimin sonucundan mutlak olarak faydalanabilmeleri yönünde bir güvenceye varmamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, genetik yollarla ebeveyn olmak konusunda destekli üreme sistemlerine erişim konusunu özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamı altında ele alabilse de bunun mutlak bir hakkı ifade etmediğine ve bu hakkın kullanımının diğer kişilerin de hak ve menfaatleriyle birlikte dengelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Zira 8. maddeden doğan koruma kapsamında kişilerin çocuk sahibi olmak 'istememek' yönündeki iradeleri de bir o kadar önemlidir<sup>103</sup>.

Belirtildiği gibi, üreme hakkı ve sağlığına ilişkin tartışmalarda kişilerin üremek yönünde mutlak bir garantiye sahip olması gibi sonuç ön plana çıkmaz. Bu bakımdan örneğe IVF uygulaması, konuya uygulanabilir olan BM sözleşmelerinin genel yorumları bağlamında da genellikle, "ulaşılabilir en yüksek sağlık hakkı standardı" çerçevesinde konu edinilmektedir<sup>104</sup>. Üreme konusunu bir anlamda medikal bir bakış açısıyla ele alan bu yaklaşım dahilinde, bu prosedürlere erişimin bir hak olarak sağlandığı ülkelerde, bu erişimin ancak medeni durum, cinsel yönelim, ekonomik statü ve benzeri temellerde ayrımcı uygulamalara konu olması durumunda insan hakları argümanları konu olabilecektir. O hâlde mevcut insan hakları normları dahilinde, kişilerin üreme desteği teknolojilerinden faydalanarak ebeveyn olabilmelerine yönelik mutlak bir hakkın varlığından söz edilemeyecektir<sup>105</sup>. Bir başka ifadeyle kişilerin 'genetik bir çocuğa sahip olmak' şeklinde pozitif bir hakkından söz etmek mümkün değildir.

İlk bakışta görünüm bu olsa da konuyu geçtiğimiz on yılda beliren insan hakları güvenceleriyle ele aldığımızda, özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık ya-

<sup>102</sup> AİHM, Fjölfnisdóttir ve diğerleri v. İzlanda, Başvuru No. 71552/17, 18.08.2021, para 79. (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-209992%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-209992%22]}), E.T. 15.08.2024.

<sup>103</sup> Evans v. Birleşik Krallık.

<sup>104</sup> ROSEMAN, Mindy Jane, "The Fruits of Someone Else's Labour: Gestational Surrogacy and Rights in the Twenty-First Century", **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, 2020, Ed. Andreas von ARNAULD / Kerstin von der DECKEN / Susi MART, s. 315.

<sup>105</sup> Bununla birlikte Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Artavia Murillo ve diğerleri v. Kosta Rika davasında, özel yaşam hakkının gerekli tıbbi teknolojilere erişim de dahil olmak üzere üreme özerkliği ve üreme sağlığı hizmetlerine erişimi kapsadığına ve üreme özerkliği ve aile kurma hakkından faydalanmak adına kişilerin bu yöndeki bilimsel ilerlemeye erişme hakkına, yardımcı üreme tekniklerine ve en iyi sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. AAIHM, Başvuru No. C/257, 12.11, 2012, para. 146.150.

sağından hareketle bazı potansiyel güvencelere de rastlanabilecektir. Özellikle engelli kişilerin hakları bakımından düşünülecek olduğunda, mevcut yapısal ve biyolojik olanaksızlıklar dahilinde konu, üreme ve aile kurmaya ilişkin haklarla yakından ilişkili görünmektedir<sup>106</sup>. Zira Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin<sup>107</sup> 23. maddesinde yer alan haklar, engelli kişilerin üreme faaliyetleri de dahil olmak üzere özel hayat ve aile hayatına yönelik eşitsizlikleri ve ayrımcılıkları bertaraf etmek adına taraf devletlerce alınması gereken bir dizi önlemden söz etmektedir<sup>108</sup>. Bu yönüyle ele alındığında, üreme desteği yöntemlerinden faydalanılırken gözetilmesi gereken ayrımcılık yasakları konusunda, devletler gerekli önlem ve düzenlemeleri yapmakla mükelleftir. Ancak bunun taşıyıcı gebelik uygulamasına erişime uzanıp uzanamayacağı şu an için tartışmalıdır. İnsan haklarının sürekli gelişip değişen insan ihtiyaçları ile evrildiği gerçeği, kimi zaman yeni ihtiyaçların başlı başına yeni bir hak olarak düzenlenmesi yoluyla değil, mevcut bir insan hakkının bu ihtiyacı da gözetilecek bir biçimde yorumlanması yoluyla, ilgili ihtiyacın hukuken gözetilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan nasıl ki destekli üreme sistemlerine erişim konusu insan hakları tartışmalarında yer bulabildiyse<sup>109</sup>, gelecekte, diğer etik soruların ortadan kalkması ihtimaliyle birlikte (örneğin kadın bedeni yerine yapay rahimlerin kullanılabilir olması) olası yeni pratiklere erişimin de bir insan hakkı olarak ele alınabilecek olması, bazı yazarlara göre olasıdır<sup>110</sup>.

## 2. Ebeveyn Adaylarının Aile ve Özel Yaşamına Saygı Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Konunun insan haklarıyla olan ilişkisinin görünür olduğu diğer bazı durumlarsa taşıyıcı gebelik uygulamalarına erişim sonrasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim AIHM önünde bu çerçevede konu olan davaların büyük oranda bu teknoloji-

<sup>106</sup> SABATELLO, Maya, "Who's got parental rights? the Intersection between Infertility, Reproductive Technologies, and Disability Rights Law", *Journal of Health and Biomedical Law*, Y. 2010, C. 6, S. 2, s. 230.

<sup>107</sup> UNCRPD, (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, E.T. 15.08.2024.

<sup>108</sup> UNCRPD (23).

<sup>109</sup> CESCR, General Comment No. 22, The Right to Sexual and Reproductive Health, E/C.12/GC/22, 02.05.2016, para. 45 (çevrimiçi) [https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no3-article-6-women-and-girls](https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4sIQ6QSmIbEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TlM%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg; CRPD Committee, General Comment No. 3, Women and Girls with Disabilities, UN Doc. CRPD/C/GC/3, 25.11.2016, para. 40, 44. (çevrimiçi) <a href=), E.T. 15.08.2024.

<sup>110</sup> BREMS, Eva, "Birthing New Human Rights, Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy", içinde *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, s. 331.

lere erişim sonrasında dünyaya gelen çocuk ve ebeveyn ilişkilerini ele aldığı görülmektedir. Bu gerçekten hareketle, bu yolla dünyaya gelen çocuklarla yasal bir ebeveynlik ve soybağı kurma yolunda iş gören bir hak yine özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı olmaktadır<sup>111</sup>. Konuya ilişkin sınırlı sayıdaki AİHM kararında<sup>112</sup> taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuklarla sosyal ebeveynler arasındaki hukuki ilişkinin kurulabilmesinde genetik faktörün ısrarla bir belirteç olarak rol oynamasıysa başlı başına bir eleştiri konusudur. Yine belirtmek gerekir ki, bugüne kadar sonuçlanan ve her biri farklı özellikler taşıyan davalarda, özel hayata saygı argümanı, çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişki açısından kabul bulabilmişse de Mahkeme bu sonuca genellikle ebeveynlerin özel hayatına saygı argümanından hareketle değil, çocukların ilgili hakkını ve en yüksek yararını gözetmek bakımından varmıştır<sup>113</sup>. Özetle belirtilebilir ki, AİHM'nin taşıyıcılık yöntemiyle dünyaya gelen çocuklar ve ebeveynleri arasındaki ilişkinin hukuken tanınmıyor oluşuna ilişkin başvurularda, 8. madde kapsamında gözetmiş olduğu nokta; ne ebeveyn olma niyetindeki kişilerin üremeye ilişkin hakları ne aile yaşamına ilişkin hakları ne de bu yöndeki toplumsal cinsiyet kalıplarından doğan ayrımcılık yasağının ihlâlidir. Mahkeme, bu noktada çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkiyi gözetirken daha ziyade çocuğun özel hayatı bağlamında değerlendirdiği kimlik konusunu vurgulamıştır. Öte yandan bu belirlemede genetik unsuru ön planda tuttuğunu yinelemek gerekir. Bir başka ifadeyle, çocuğun ebeveynleriyle kuracağı yasal bağ sonucu kazanacağı toplumsal, psikolojik ve ekonomik aidiyete bağlı kimliği, onun en yüksek menfaati ilkesi çerçevesinde ele alınırken, bu ele alış büyük oranda çocuğun genetik bağının bulunduğu ebeveyn bakımından ya da bu gerekçeden hareketle gözetilmektedir<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> ECtHR, Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother, Request no P16-2018-001 by the French Court of Cassation, 10. 04. 2019. para. 45.

<sup>112</sup> Bu konuda öne çıkan davalar: *Mennesson v. Fransa*, Başvuru No. 65192/11, 26.09. 2014 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-145389%22%7D>; *Paradiso ve Campanelli v. İtalya*, Başvuru No. 25358/12, 24.01. 2017 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-170359%22%7D>; *Labassee v. Fransa*, Başvuru No. 65941/11, 26.06. 2014 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-145180%22%7D>; *Valdis Fjölfnisdóttir ve Diğerleri v. İzlanda*, Başvuru No. 71552/17, 18. 05. 2021 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-209992%22%7D>; *A.M. v. Norveç*, Başvuru No. 30254/18, 24. 03. 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-216348%22%7D>; *D.B. ve Diğerleri v. İsviçre*, Başvuru No. 58252/15 ve 58817/15, 22, 02, 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-220955%22%7D>; *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka*, Başvuru No. 25212/21, 06.12. 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-221261%22%7D>; *C v. İtalya*, Başvuru No. 47196/21, 31.08. 2023 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-226391%22%7D>; olarak sıralanabilir, E.T. 15.08.2024.

<sup>113</sup> *Mennesson v. Fransa* para. 96; *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka*; *D.B. ve Diğerleri v. İsviçre*.

<sup>114</sup> *Mennesson v. Fransa* para. 96, 100; *Labassee v Fransa*, para. 81.

Mahkemenin sınırlı sayıda ve birbirinden farklı olayı konu edilen kararlarından genel bir eğilim çıkarımında bulunmak için erken olsa da, durumun ortaya koyduğu mevcut bir başka gerçeklik şudur: sınır ötesinde girilmiş ticari taşıyıcı gebelik sözleşmeleri sonucunda dünyaya gelmiş olan çocuklarla genetik bağları bulunsada dahi anneler, vatandaşlık bağlarının bulunduğu ulusal hukuk sistemlerinde bu çocukların hukuken tanınması için çok daha fazla bürokratik adımla karşı karşıya kalırken; çocukla genetik bağı olan babalar, yabancı doğum sertifikalarında yer alan genetik bilgi sonucunda daha kolay bir yoldan hukuki tanınmaya erişebilmektedirler<sup>115</sup>.

### C. Çocuklar Bakımından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları

Her ne kadar yakın dönem çalışmaları taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya getirilen çocukların, bilinçli bir tercih ve emekle ve istenerek dünyaya gelmiş oldukları için daha mutlu bir aile hayatına sahip oldukları yönünde tespitler ortaya koysa da, bu yolla dünyaya gelen çocuklardan bazılarının, işkenceye, çocuk kaçakçılığına, cinsel istismara ve hatta ölüme varan sonuçlarla karşılaştığı da ortaya koyulmuştur<sup>116</sup>. Öte yandan sayılan bu olguların hiçbirisi salt taşıyıcı gebelik sonucu dünyaya gelmekle ilişkili görülemeyecektir. Zira bu olguların tamamı, çok daha büyük oranlarda, normatif aile tanımı çerçevelerinde de hayat bulabilmektedir. Bugün geline nokta uluslararası taşıyıcı gebelik sözleşmeleri bağlamında doğan hukuki sorunların kilit noktasında çocuğun en yüksek yararı ilkesi ve çocuk haklarının yer aldığını söylemek yanlış olmaz. Zira taşıyıcı gebelik sözleşmesinin sonucu olan ve konuya ilişkin hiçbir söz hakkı olmayan en kırılgan grubun çocukları olduğu aşikârdır<sup>117</sup>. Yine, bu sözleşmeler sonucunda dünyaya gelmiş olmak bakımından içinde bulunulan duruma ilişkin bir irade seçeneğinden yoksun olmak, çocukları taşıyıcılık konusunda, diğer taraflara oranla daha da kırılgan kılmaktadır<sup>118</sup>. Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği gözetilmesi gereken asgari başlıklarsa çocuğun kimliğinin, hukuki statüsünün ve ebeveynlik ilişkilerinin belirli olması olarak sıralanabilir. Bu konuda yol gösterici olarak rol oynayabilen ilke ve prensiplerse hâlihazırda bağımsız giri-

<sup>115</sup> Bu konuyu eleştiren bir çalışma BRACKEN, Lydia, "Cross Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights, Analysis of Valdis Fjölfnisdóttir", *European Journal of Health Law*, Y. 2022, C. 29, s. 208-209.

<sup>116</sup> PASCOE, John, "Sleepwalking Through the Minefield: Legal and Ethical Issues in Surrogacy", *Singapore Academy of Law Journal*, Y. 2018, C. 30, s. 468, 469.

<sup>117</sup> BANDELLI, s. 357.

<sup>118</sup> ADELIN, Allen, "Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Y. 2018, C. 41, S. 3, s. 739.

şimlerle ortaya çıkmış olup BM Çocuk Hakları Komitesince yol gösterici olarak addedilmektedir<sup>119</sup>

### 1. Çocuğun Kimliğini Bilme Hakkı

Günümüzde gerek evlat edinilmeyle gerek donör ve taşıyıcı gebelik sonucuyla dünyaya gelen çocukların bu konuda bilgilendirilmesi gereği kimlik ve aidiyetleri bakımından giderek önem kazanan bir konudur<sup>120</sup>. Taşıyıcı gebelik olgusunu özellikle dünyaya gelen çocukların hakları bağlamında ele alan görüşler, bu pratiğe olanak sağlayan ulusal düzenlemelerin, aynı zamanda kişinin kendi kimliğini bilmesi ya da ‘kimlik hakkı’ olarak adlandırılabilen bir çerçeveyi de hesaba katması gerektiğine işaret etmektedir<sup>121</sup>. Çocuğun genetik, biyolojik ve sosyal kökenleri ve aidiyeti konusu, sadece sağlık nedenleri ile sınırlı olmayıp hem gelecek nesillerle olan ilişkisinde hem de kimliği ve kültürel haklarını bilebilmesi adına önemli kabul edilmektedir<sup>122</sup>. Bu doğrultuda bazı yazarlara göre AİHS’nin özel hayata saygı ilkesi ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7 ve 8. maddeleri, çocuğun kimlik hakkı bağlamında kendisini dünyaya getiren taşıyıcı kadını tanıyabilmesine olanak sağlayacaktır. Bu bakımdan 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. ve 8. maddesinin bu konudaki en açık norm olduğu söylenebilir. İlgili güvenceler, taraf devletlerin çocuğun adı ve aile ilişkilerini de kapsayacak şekilde kimliğine saygı duyması konusunu düzenlemektedir<sup>123</sup>. Bu anlamda yine çocuğun “ebeveynleri tarafından bakılma ve ebeveynlerini bilme hakkı” yalnızca sosyal ya da hukuki ebeveynleri değil, aynı zamanda biyolojik ya da genetik ebeveynleri de içerecek şekilde ele alınmaktadır. BM Çocuk Hakları Komitesi çocuğun kimliğini bilme konusunu ele alan bazı genel yorumlarında, özellikle evlat edinilme durumlarında ve dijital dünyada bu haklara saygı gösterilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> **Verona Prensipleri** olarak da bilinen bu belge için bkz. (çevrimiçi) [https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples\\_25February2021-1.pdf](https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf), E.T. 15.08.2024.

<sup>120</sup> O’CALLAGAN, Elaine, “Surrogate Born Children’s Access to Information About Their Origins”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2021, C. 00, s. 3.

<sup>121</sup> MULLIGAN, Andrea, “Protecting Identity in Collaborative Assisted Reproduction: The Right to Know One’s Gestational Surrogate”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2020, C. 34, s. 41.

<sup>122</sup> Verona Prensipleri, para. 11.1.

<sup>123</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 7, 8 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, E.T. 15.08.2024.

<sup>124</sup> UN, CRC/C/GC/14, 29.05.2013 (çevrimiçi) <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>, para. 55-57; UN, CRC/C/GC/25, 02.03.2021 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, E.T. 15.08.2024.



Kişinin bireysel kimliğini belirleyen genetik bağlarına ilişkin bilgi sahibi olabilmesi yönündeki geçmiş dönem AİHM başvurularından<sup>125</sup> çıkan olumlu sonuçların da bu yönde bir hakkın var olabilmesi için destekleyici olabileceği düşünülebilir. Bu bakımdan insan hakları sözleşmelerine referansla varlığı iddia edilen bir ‘kimlik hakkı/kimliğini bilme hakkı’, bazı yazarlara göre kişilerin kendilerini dünyaya getiren taşıyıcıları da bilmeleri hakkına kadar uzanabilmektedir<sup>126</sup>. Öte yandan bu hakkın önündeki engeller yasallık ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde değerlendirilebileceği ölçüde aynı zamanda donör ve taşıyıcıların sahip olduğu mahremiyet hakkıyla da çelişebilecektir<sup>127</sup>. AİHM 1989’dan bu yana kişinin kendi kökenini bilme hakkını, özel hayata saygı hakkı bağlamında yorumlayabilmektedir. Yine de Fransa gibi ulusal eksende bir ‘anonim annelik’ düzenlemesi ve güvencesi bulunan ülkelerin, ilgili yasalarının 8. maddeyi ihlâl ettiği yönündeki iddiaları reddedilebilmiştir<sup>128</sup>.

Çocukların kimliğini bilme hakkı çerçevesinde kendilerini dünyaya getiren taşıyıcıları da bilebilmeleri yönünde ileri sürülen görüşlerde, hem bu yöndeki fizyolojik ve medikal gereksinimler hem de deontolojik gerekçeler ortaya çıkmaktadır. Ampirik çalışmaların ortaya koyduğu şeylerden biri, genel olarak destekli üreme sistemleriyle dünyaya gelen çocukların, yaşları ilerledikçe kendi orijinleriyle ilgili daha fazla bilgi sahibi olmak istedikleri ve bu bilgiye sahip çocuklar ve ebeveynler arasında daha sağlıklı ilişkiler bulunduğuudur. Bu bakımdan çocuğun kendi kökenlerini erken bir dönemde öğrenmesinin çocukların psiko-sosyal iyiliği açısından önemine vurgu yapılmaktadır<sup>129</sup>. Bu çerçevedeki diğer bazı görüşler de yine, çocuğun kimliğini bilmesi yönündeki bir hakkın önemi karşısında, donörler ve taşıyıcı gebeler gibi diğer tarafların mahremiyet haklarının ileri sürülmesinin kifayetsiz olabileceğini ve burada 8. madde koruma kapsamından yararlanılamayacağını ileri sürmektedir<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> AİHM, *Jaggi v. İsviçre*, Başvuru No. 58757/00, 13.07.2006 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22002-3237%22%5D%7D>; *Mikulic v. Hırvatistan*, Başvuru No. 53176/99, 07/02/2002 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60035%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

<sup>126</sup> MULLIGAN, s. 23, 25.

<sup>127</sup> BESSON, Samantha, “Enforcing the Child’s Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2007, C. 21, s. 140, 147.

<sup>128</sup> AİHM, *Odièvre v. Fransa*, Başvuru No. 42326/98, 13.02.2003 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60935%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

<sup>129</sup> GOLOMBOK, Susan, “Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction”, **Child Development Perspectives**, Y. 2021, C. 15, S. 2, s. 105.

<sup>130</sup> MULLIGAN, Andrea, “Anonymous Gamete Donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The Case for Incompatibility”, **Medical Law International**, Y. 2022, C. 22, S. 2, s. 143.

Donör desteğiyle dünyaya gelen çocukların, geçmişlerini bilmelerinin kimlikleri açısından önemini hesaba katarak 1985 yılında donörler için anonimliği kaldıran ilk ülke İsveç olmuştur<sup>131</sup>. Bugün Avusturya, İsviçre, Hollanda, Norveç, Birleşik Krallık, Finlandiya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde de anonim bağış yasaktır<sup>132</sup>. Öte yandan bazı ülkeler, donör anonimliğini teşvik etmekte ve ‘süresiz anonim donörlüğünü’ yasalar çerçevesinde desteklemektedir. Bunlara bir örnek Danimarka’dır. Bu politikanın ardında yatan üreme turizmi kazancına ve yine “soru işaretli ebeveyn olma” istemine işaret eden yazarlar, anonim düzenlemelerin çocukların kimliğini bilme hakkı karşısında bir ihlâl yarattığını belirtmektedir<sup>133</sup>. Bunların dışında, İngiltere, İrlanda ve Avustralya’da, destekli üreme sistemleri ve taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya gelen çocukların kimlik bilgilerine yönelik düzenlemeler konusunda gündemde olan reformlarda çeşitli önerilerin ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan bazıları doğum sertifikası ve kimlik arasında bir ayırım yaparak doğum sertifikasında taşıyıcının bilgilerine yer verilmesini, bazıları doğum sertifikasına taşıyıcının bilgilerini dahil etmesizin çocuğun taşıyıcılık yoluyla dünyaya geldiği ibaresini koymayı değerlendirmektedir<sup>134</sup>. BM Çocuk Hakları Komitesi bakımından ise konunun belirli ülke sonuç raporlarında ve kısmen ele alındığı gözlemlenmektedir<sup>135</sup>.

## 2. Taşıyıcı Gebeliğin Çocuk Satışı Olup Olmadığı Konusu

Taşıyıcı gebelik ve çocuk hakları ilişkisi özellikle BM çocuk satışı ve cinsel istismarı konusunda görev yapan özel raportörün yakın tarihli raporlarıyla konu edinilmiştir. Bu raporlarda belirtilenlerden biri, dünya genelinde uluslararası ticari taşıyıcı gebelik düzenlemelerine ilişkin düzenleyici boşlukların, bu yönlemlerle doğan çocukları ciddi hak ihlallerine karşı savunmasız bıraktığı ve uygulamanın büyük oranda “çocuk satışı” anlamına geldiğidir<sup>136</sup>. Bu yönlerdeki bir

<sup>131</sup> Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, Report/Doc.14835/ 20 February 2019, COE, (çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, E.T. 15.08.2024.

<sup>132</sup> Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, Report/Doc.14835/ 20 February 2019, COE, (çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, E.T. 15.08.2024.

<sup>133</sup> PASCOE, s. 471.

<sup>134</sup> O’CALLAGAN, Elaine, “Surrogacy Reform and its Impact on the Child’s Right to Birth Registration”, **Reproductive BioMedicine and Society Online**, Y. 2021 C. 13, s. 47.

<sup>135</sup> Concluding Observations: Switzerland, CRC/C/15/Add 182, para 28-29. (çevrimiçi) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g02/435/26/pdf/g0243526.pdf>, E.T. 15.08.2024.

<sup>136</sup> Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, 15.01.2018, **A/HRC/37/60**, para. 8.

tespitin doğruluğunun zemini ise tartışmalıdır. Zira taşıyıcı gebelik sözleşmeleri sonucunda dünyaya gelen çocukların bir metaya indirildiği ve bu anlamda bir satış nesnesi olduğu yönündeki etik argümanlar, farklı yanıtlarla karşılık bulmaktadır. Bu yanıtlardan biri, şayet konu olan taşıyıcı gebelik türünde taşıyan kişi ve fetüs arasında genetik bir ilişki yoksa, dünyaya gelen çocuğun aslında “genetik olarak gerçek” ebeveynlerine kavuştuğu yönündedir<sup>137</sup>. Bir diğer yanıtta, taşıyıcı gebelik sözleşmesinde ‘satış işlemi’ olarak adlandırılan eylemde konu olan ‘ödemenin’, bir nesne olarak çocuğun varlığına değil, taşıyıcının “gebelik servisine” yapıldığı yönündeki argümandır<sup>138</sup>. Nitekim Özel Raportör tarafından kaleme alınmış olan raporda yer alan ve taşıyıcı gebeliğin çocuk satışı anlamına geldiği yönündeki tespit, çok geçmeden farklı insan hakları STÖ’leri tarafından da bir eleştiri konusu olmuştur<sup>139</sup>. Bu doğrultuda bu yöntemle dünyaya gelen çocukların ve ilişkili oldukları kişilerin, bir genelleme ile doğrudan çocuk satışı ile ilişkilendirilmemesi gereği ve konunun bu sözleşmelerin tarafları olan diğer kişilerin haklarıyla beraber düşünülmesi yönünde geri bildirimlerle karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Rapora ilişkin geri bildirimler; bu sözleşmelere başvuran ebeveyn olma niyetindeki kişiler de dahil olmak üzere, tüm tarafların üreme yönünde özgür seçimler yapabilmesini, taşıyıcıların sağlık hizmetlerine erişim ve kürtaj konusunda engellerle karşılaşmaması gereğini<sup>140</sup> taşıyıcılığa ilişkin düzenlemelerin cezai yaptırımlara başvurmaması gereğini, taşıyıcılığı cezalandırarak düzenlemenin bir çözüm olamayacağı konusunu, ceninin hukuki bir kişiliğe sahip olmadığı vurgusunu, çocuk sahibi olmak yoluyla aile kurma yönünde başvurulabilecek üreme seçeneklerinin belirli gruplar bakımından ayrımcı olmaması gereğini ve nihayet çocuğun yüksek menfaati ilkesinin sürekli evrilen karakterinin çocuk hakları lehine olacak yorumlarla dikkate alınması gereğini vurgulamıştır<sup>141</sup>.

Öte yandan konuya ilişkin diğer bazı argümanlarsa, her halükârda uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukların ve özellikle Çocukların Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi Konusundaki İhtiyari Protokol’e taraf devletlerin ticari taşıyıcılık sözleşmelerine izin veremeyeceği görüşünü ortaya koymakta-

<sup>137</sup> KORNEGAY, R. Jo, “Is Commercial Surrogacy Baby-selling?” J. APPLIED PHIL., Y. 1990, C. 7, S. 1, s. 49.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> Human Rights Watch, 03.06.2019 (çevrimiçi) <https://www.hrw.org/news/2019/06/03/submission-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>, E.T. 01.06.2024.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Ibid.

dır<sup>142</sup>. Bu argüman karşısında farklı yazarlarsa gerek Protokol'ün kaleme alınmasındaki saikin gerekse Protokol'de yer alan maddelerin, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinin doğrudan yasak olmasını gerektirecek bir sonuca ulaşmaya yeterli olmadığını savunmaktadır<sup>143</sup>.

#### **D. Tarih ve 30254/18 Başvuru No.lu A. M v. Norveç Kararı Kapsamında Bir Değerlendirme**

Taşıyıcı gebelik sonucu dünyaya gelen çocukların hukuken belirsiz statüsü hem uyruk hem de soybağının tanınması açısından farklı sorunlar yaratabilmektedir. Nitekim uygulamaya ulus ötesi sözleşmelerle başvurulduğu durumlarda, bu sorunlar henüz ebeveynlerin ikamet ettikleri ülkeye dönmeden evvel dahi ortaya çıkabilmektedir. Bu yöndeki öncelikli sorunlar, ebeveyn adaylarının vatandaşlıklarının bağlı bulunduğu ülke elçiliklerinin seyahat etmek için gerekli dokümanları sağlamamasıyla başlayabilmektedir<sup>144</sup>. Yine, geçmişte yaşanan bazı örneklerde, dünyaya gelen çocuklarla genetik bağları olmasına rağmen bazı ebeveynler, çocukların dünyaya geldikleri ülkelere ait pasaportlar çıkartamamış ve kendi ülkelerine dönmek istediklerinde çocuk kaçakçılığı ile suçlanabilmiştir. Tüm bu durumlar dünyaya gelen bebeklerin uyruksuz olmalarının yanı sıra, muhtaç bir şekilde ortada kalabilmeleriyle de sonuçlanmıştır<sup>145</sup>. Seyahat engelini aşan çocuk ve aileleri bekleyen ikinci bir problemse, ebeveynlerin tabi olduğu ulusal hukukun çocuk ve ebeveynler arasındaki soybağını tanıması yönündeki engellerdir<sup>146</sup>. Nitekim AİHM önüne yansıyan yakın dönemli davaların neredeyse tamamı bu konu etrafında şekillenmiştir. Son on yıla ilişkin bu davalar burada ayrı bir irdeleme konusu olmayacaktır. Bu bakımdan burada yalnızca AİHM'nin çocuk ve ebeveynleri arasındaki hukuki ilişkinin sağlanması yönünde benimsediği genetik odaklı yaklaşımı yansıtan ve ticari taşıyıcı gebelik uygulamalarının sonucunda gelineen noktanın çetrefilli boyutunu ortaya koyan yakın tarihli bir dava konu edinilecektir.

<sup>142</sup> SMOLIN, David M., "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children", **PEPP. L. REV.**, Y. 2016, C. 43, S. 2, s. 277.

<sup>143</sup> JOHNSON, Lily, "Commercial Surrogacy is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties", **Wash. Int'l L.J.**, Y. 2019, C. 28, S. 3, s. 703.

<sup>144</sup> GONZALES, Noelia Igareda, "Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy", **Fertility and Sterility**, Y. 2020, C. 113, S. 5, s. 917.

<sup>145</sup> MOHAPATRA, Seema, "Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy", **BERKELEY J. INT'L L.**, Y. 2012, C. 30, s. 421.

<sup>146</sup> GONZALES, s. 917.

AIHM'nin Norveç'e ilişkin verdiği yakın tarihli bir karar<sup>147</sup>, taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocukla genetik bir bağa sahip olmayan bir sosyal annenin hukuki bağ kurma isteminin nasıl ve ne gerekçelerle göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır. Bu karar, aynı zamanda davada gözetildiği ileri sürülen çocuğun yüksek menfaati ilkesine yaklaşırken Mahkeme'nin birkaç açıdan soru işareti uyandıran tutumunu da göz önüne sermek bakımından elverişli görünmektedir. Son olarak bu dava, taşıyıcı gebelik yöntemine başvuran çiftlerin, henüz hukuki ebeveynlik statüleri garanti altına alınmadan bir ayrılığa gitmeleri durumunda<sup>148</sup> yaşanan ve ulusal düzenlemelerin kısıtlılığı karşısında AIHM'nin üstesinden gelemeyeceği bazı mağduriyetleri ortaya koymak bakımından uygun bir örnektir. Özetle bu karar, taşıyıcı gebelik uygulamalarından kaynaklanan sorunları ısrarla mevcut ve ataerkil aile hukuku kalıplarıyla ele almanın ortaya çıkardığı eşitsizlikleri, özellikle sosyal anneler bakımından ortaya koymaktadır.

Davaya konu olan olayda her ikisi de Norveç vatandaşı olan kadın (A.M) ve erkek (E.B), partner oldukları dönemde farklı yollarla çocuk sahibi olmaya çalışmış ancak başarılı olamamışlardır. Çift, ilişkilerini sonlandırmış olmalarına rağmen çocuk sahibi olmak yönündeki iradeleriyle, ABD'de giriştikleri bir taşıyıcılık sözleşmesiyle 2014 yılında bu ülkede çocuk sahibi olmuştur. Çocuk (X), E.B'nin spermi ve anonim bir donörün yumurtasıyla ve bir üçüncü kişinin taşıyıcılığıyla dünyaya gelmiştir. Doğum sonrası çocukla genetik ilişkisi olan E.B hem doğum sertifikasında hem de Norveç makamları önünde yasal ebeveyn olarak kabul bulabilmişken, A.M yalnızca ABD'de düzenlenen doğum sertifikasında yasal anne olarak yer bulmuş ve Norveç yasaları taşıyıcı anneliği olanaklı kılmadığı için Norveç'te yasal bir ebeveyn tanımına kavuşamamıştır. Komplike bir seyir izleyen olaylar sonrasında çocuğun ebeveynlerden hangisiyle ve hangi sıklıkla görüşebileceğine ilişkin anlaşmazlıklar baş göstermişken, E.B bir başka ilişkiden de çocuk sahibi olmuştur. Bu tarihten sonra X, E.B, E.B'nin yeni partneri ve E.B'nin partnerinden doğan yeni çocuğu bir arada yaşamaya devam etmişlerdir.

Çocuğun genetik babası olan E.B'nin başvuru ve çocuk arasındaki ilişkiyi zaman içinde engellemesi üzerine A.M, medeni hukuktan kaynaklanan bir dizi prosedür başlatmış ve ABD yasalarına göre doğum sertifikasında tanınmış olan ebeveynlik statüsünün Norveç'te de tanınmasını istemiş ya da alternatif

<sup>147</sup> AIHM, A.M v. Norveç.

<sup>148</sup> Mahkeme'nin C. v. İtalya kararı, çocuğun üstün menfaatinin, mümkün olan en kısa sürede ebeveynleri ile olan ilişkisinin hukukten tanınmasını gerektirdiği yönündedir. Başvuru No. 47196/21, 30.11.2023, para. 68.

olarak çocuğu evlat edinebilmesi olanağını talep etmiştir. Ne var ki evlat edinme talebi çocuğun genetik babası olan E.M'nin onayına tabi olduğu için karşılık bulmamıştır. Öte yandan ülkede taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya gelen çocuklarla hukuki bir ilişki kurmayı sağlayan geçici tarihli bir yasal düzenlemenin son başvuru süresi, X'in doğum tarihi itibarıyla sona ermiş olduğu için, A.M tarafından bu yol da kaçırılmıştır. Tüm bunlar üzerine başvuran A.M, özel ve aile hayatına saygıya ilişkin 8. madde ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde çerçevesinde AİHM'ne yönelmiştir.

AİHM, Norveç'in A.M ve çocuk arasındaki ebeveynlik bağına hukuki olarak tanımamasını, başvuranın özel ve aile hayatına saygı ilkesine bir müdahale olarak değerlendirdiğini belirtmekle birlikte, konuyu buna ilişkin bir pozitif yükümlülük açısından değil, negatif bir yükümlülük yani müdahale etmeme yasağı bakımından ele almıştır<sup>149</sup>. Bu bakımdan Mahkeme'ye göre 8 ve 14. maddelerin ihlâli söz konusu değildir. Başvurucu ulusal hukukta tam yedi yıl boyunca çocuğun yasal ebeveyni olarak kabul görmek için hukuki mücadele yürütmüş olmasına rağmen AİHM, başvuru ve çocuk arasında olan ilişkinin süresinin bir aile yaşamı oluşturmaya yetecek düzeyde olmadığı yönündeki iç hukuk kararını destekleyen bir sonuca ulaşmıştır. Bununla birlikte karara karşı görüş geliştiren yargıçların işaret ettiği noktalar irdelenmeye değer görünmektedir.

Bu görüşlerde dile getirilen noktalardan biri: Avrupa Konseyi üyesi devletlerin taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkileri hukukten tanıyıp tanımamak konusunda bir takdir marjı olsa da, söz konusu marjın, bir kimsenin 'bireysel kimliği' gibi önemli bir konu olduğunda çok daha dar olması gerektiğidir<sup>150</sup>. Bu bakımdan özellikle Yargıç Jelić, çocuğun yüksek menfaatinin gözetildiği bu davada söz konusu marjın dar olmuş olması gerektiğine işaret etmiştir. Vurgulanan diğer bir nokta şudur: Norveç genelinde mevcut olan taşıyıcı gebelik yasağının gerekçeleri arasında "kadınların sömürden korunması ve çocuk ticaretinin önüne geçilmesi" gibi geçerli sosyal menfaatler gözetilmektedir. Oysa bu dava bakımından bu argümanlar söz konusu değildir. Bu bakımdan bu gerekçelerle konulmuş olan genel bir yasağın başvurusunun durumunda meşru bir zemin olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır<sup>151</sup>. Yargıç aynı zamanda çocuk ve ebeveynleri arasında hukuki bir tanınmanın ol-

<sup>149</sup> A.M v. Norveç, para. 120.

<sup>150</sup> Mahkeme bu konuyu 2019 tarihinde Fransa Yargıtay'ı tarafından istenilen danışma görüşünde ortaya koymuştur.

<sup>151</sup> A.M v. Norveç Yargıç Jelić'in muhalif görüşü, para 28.

madığı durumlarda AİHM tarafından *de facto* aile bağlarının incelemeye alındığına işaret etmiş ve söz konusu bağın -bu ilişki E.B tarafından engellenene kadar- başvuru ve çocuk arasında mevcut olmuş olduğunu dile getirmiştir. Eleştirisi konusu olan bir diğer nokta da Norveç yasalarında yer alan şekilselliğin ve annelik tanımının günümüzdeki farklı annelik tanımlarıyla uyumlu olmayışıdır<sup>152</sup>.

Yargıç Jelić'in işaret ettiği önemli noktalardan bir diğeri, çocuk ve onu dünyaya getiren kişi arasında hiçbir zaman genetik ya da sosyal bir bağın olmamış ve olmayacak olduğudur. Bu bakımdan Yargıç, A.M'nin annelik talebinin çocuğun menfaati gereği tanınmaması yönündeki kararı, çocuğun kendisini dünyaya getiren biyolojik kişi ile olan ilişkisini zedeleyecek bir unsur olarak görmemektedir. Dahası Norveç yasalarına göre çocuğu dünyaya getiren kişi hukuken anne olarak kabul görüyor olsa da söz konusu olayda yumurtayı bağışlayan ve çocuğu dünyaya getiren iki farklı kadın söz konusudur. Mahkeme'nin benimsediği mantıkla mevcut şartlar altında çocuğun iki farklı biyolojik annesi olduğu iddia edilebilecektir. Oysa bunlardan her ikisinin de çocukla ne geçmişte ne de gelecekte bağ kurmak yönünde bir talepleri yoktur. Olup olabilecek tek annelik ilişkisi ve aile bağı yalnızca sosyal anne olan başvuruçyuladır. Böylece Yargıca göre gerek Norveç mahkemelerinin gerekse AİHM'nin başvuruçunun yasal anne olma yönündeki istemini reddetmesi haksız ve ayırmacıdır.

Bu dava özelinde bir kez daha ortaya çıkan şey, AİHM'nin sosyal ebeveynlerle hukuki ilişkilerin kurulmasını önleyen ulusal yasalar karşısındaki ihlâl iddialarında, konuyu çocuk hakları ve çocuğun üstün yararı lehine gözetirken, genetik bağ ekseninden ve hukuki bir şekilcilikten çıkamayışıdır. Çocuğu dünyaya getiren kadının hukuken anne olarak kabul bulduğu yasal düzenlemeler karşısında ve yine çocuğu dünyaya getiren kişinin anne olmak yönünde bir istek ve iradesi olmaması karşısında, bu noktada ısrarcı olmanın çocuğun en yüksek yararı açısından nasıl bir amaca hizmet ettiği bir soru işareti olarak kalmaktadır.

## SONUÇ

Taşıyıcı gebelik ve insan hakları arasındaki ilişkiden hareketle doğabilecek olan sorunlar, çok boyutlu ve karmaşık bir ekseninde ilerlemeye devam edeceğe benzemektedir. Konuya ilişkin uluslararası standartlar konusunda uzlaşamıyor oluşu, devletlerin ve dolayısıyla ulusal hukuk düzenlemelerinin günümüzün değişen aile tanım ve ilişkilerini aile hukukuna uyarlamamak konusundaki di-

<sup>152</sup> Jelić, para. 34.

rençleri, taşıyıcı gebelik uygulamasına ilişkin yasal düzenlemelerin yokluğu ya da eksiklikleri ve nihayet taşıyıcı gebeliğin yasak olduğu görüntüsü altında milyonlarca dolarlık bu pazara ulus ötesinde ulaşılmasına göz yumuluyor olması, olgunun yaratacağı hukuki sorunlar bakımından, uluslararası insan hakları hukukunu, üstesinden gelemeyeceği sorunlarla baş başa bırakmaktadır. Üstelik insan haklarını uluslararası ölçekte korumakla sorumlu birim ve merciler de yakın zamana kadar bu konuda net ve istikrarlı bir tutum sergilemekten uzak kalmıştır. Bu bakımdan kadın ve çocuk hakları komiteleri de doğal olarak konuya kendi misyon ve öncelikleri ve kendi araçları çerçevesinde yaklaşmaktadır.

Teknoloji ve serbest pazar birlikteliğinde ve dizginlenemeyen bir arzu ekonomisi karşısında, ticari taşıyıcı gebelik uygulaması için de ‘keşke hiç olmamış olsaydı’ denilebilecek bir nokta çoktan yitirilmiş görünmektedir. Bu anlamda olguyu gerekçelendirebilmek adına başvurulabilecek her etik argüman, günümüz gelişmeleri ışığında biraz eksik kalacağına benzemektedir. Uygulamaya dünya çapında bugün son verilecek olduğunda dahi, uygulamadan doğabilecek sayısız insan hakkı ihlali iddiası önümüzdeki yıllarda çözümlenmeyi bekleyecektir. Bunlar arasında son yıllarda görünüm kazanan tartışma ve yargı kararlarındaki vurgu, çocuk hakları ve çocuğun üstün yararı argümanı lehinedir. İnsan hakları perspektifi, ticari taşıyıcı gebelik uygulamalarının düzenlenmesinde tüm tarafların haklarının korunmasını gerektirmekteyse de kabul etmek gerekir ki bu uygulanabilir ve gerçekçi bir yaklaşım olmaktan öte bir ideale benzemektedir.

Mevcut tablo açısından bu uygulamanın en mağduru olan tarafı belirlemek de güç görünmektedir. Az gelişmiş ülkeler örneğinde taşıyıcı gebeler, görece özgürlükler ülkeleri olarak anılan örneklerde dünyaya gelen çocuklar ve yine bazı durumlarda da bilhassa çocukla genetik bir bağa sahip olmayan ebeveyn adayları, mağdur olan taraf olmaktadır. Öte yandan taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelmiş olan bir çocuk ve sosyal ebeveynleri arasında hukuken kabul bulmamış olsa da *de facto* aile bağlarına dayanan ortak bir aile yaşamının olduğu gerçeğinden hareketle, bu iki taraf arasında sağlıklı ve sevgi dolu ilişkiler var olduğu sürece, yasal bir çatışma yaratılması ve çocuğun üstün yararı ilkesinin, onu isteyerek dünyaya getirtmiş kişilere karşı bir silaha dönüştürülmesi, tam tersine bu prensibe zarar verecek niteliktedir. Ulusal uygulamaların büyük bir kısmı bu yanlış hizmet ederken, AIHM de üzerinde bir konsensüs bulunmayan konu konusunda çekimser kalmaya devam ederek, aynı yanlış pekiştirmeye devam ediyor görünmektedir.



**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ADELIN, Allen, “Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, 2018, C. 41, S. 3, s. 754-806.

ALLEN, Anita L., “Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, 1990, C. 13, s. 139-149.

AĞAOĞLU Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınırışan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, **MHB**, 2020, C. 40, S. 1, s. 437-480.

AYDIN, Melike Belkis, “Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, YÖK Tez, 2013.

A Preliminary Report on the Issues From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No 10, 2012, **Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law** (çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, E.T. 01.06.2024.

BANDELLI, Daniela, “Feminism and Gestational Surrogacy Theoretical Reconsiderations in the Name of the Child and the Woman”, **Italian Sociological Review**, 2019, C. 9, S. 3, s. 345-361.

BESSON, Samantha, “Enforcing the Child’s Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, 2007, C. 21, s. 137-159.

BRACKEN, Lydia, “Cross Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights, Analysis of Valdis Fjölfnisdóttir”, **European Journal of Health Law**, 2022, C. 29, s. 194-216.

BREMS, Eva, “Birthing New Human Rights, Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy”, **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, Ed. ARNAULD Andreas / DECKEN Kerstin / SUSI Mart, 2020, s. 326-334.

- CHOUDRY, Cyra Akila, “Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation”, **Oxford Handbook Topics in Law**, Oxford Uni. Press, 2016.
- CORRADI, Consuelo, “Motherhood and the Contradictions of Feminism: Appraising Claims Towards Emancipation in the Perspective of Surrogacy”, **Current Sociology**, 2021, C. 69, S. 2, s. 158-175.
- Council of Europe, **DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum** (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>, E.T. 15.08.2024.
- DANIELOWSKI, Lauren, Reproduction as Work: Addressing a Gap in Current Economic Rights Discourses, **Health and Human Rights Journal**, 2023, C. 25, S. 2, s. 22-42.
- DAVAKI, Konstantina, “Surrogacy Arrangements in Austerity Greece: Policy Considerations in a Permissive Regime, Babies for Sale: Transnational Surrogacy”, **Human Rights and the Politics of Reproduction** Ed. Miranda DAVIES, Zed Books, 2017, s. 142-159.
- EKŞİ, Nurray, “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, **MHB**, 2016, C. 36, S. 2, s. 1-51.
- ELFERS, Isa, “Alienation, Commodification, and Commercialization: A Feminist Critique of Commercial Surrogacy Agreements Through the Lens of Labor Exploitation and U.S. Organ Donation Law”, **Hastings Journal on Gender and the Law**, Y. 2022, C. 33, S. 2, s. 151-186.
- ERBAŞ Rahime, ERKAYIRAN Didem, CANGİL Sabah Mina. “Karşılaştırmalı Hukuktaki Örnekleriyle Türk Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik.” **İstanbul Tıp Hukuku Kitabı**, (Ed. Demirel/Erbaş) Seçkin Yayıncılık, 2024.
- ERGAS, Yasmine, “Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, **Emory International Law Review**, 2013, C. 27, S. 1, s. 117-188.
- Eski Ahit, Yarattılış (16), (çevrimiçi) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2016&version=NIV>, E.T. 01.06.2024.
- FIRESTONE, Shulamith, **The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution**, William and Morrow Company, 1970.
- KHVOROSTYANOV Natalia., YESHUA-KATZ, Daphna, “Bad, Pathetic and Greedy Women: Expressions of Surrogate Motherhood Stigma in a Russian Online Forum”, **Sex Roles**, Y. 2020, C. 83, s. 474-484.
- FLORES, Claudia, “Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy”, **Chicago Journal of International Law**, 2023, C. 23, S. 2, s. 391-450.
- FORMAN, L. Deborah, “Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study”, **Family Law Quarterly**, Y. 2015, C. 49, S. 1, s. 29-53.

- GOLOMBOK, Susan, “Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction”, **Child Development Perspectives**, 2021, C. 15, S. 2, s. 103-109.
- GONZALES, Noelia Igareda, “Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy”, **Fertility and Sterility**, 2020, C. 113, S. 5., s. 916-919.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **GÜHFD**, 2021, C. 0, S. 1, s. 835-865.
- GURTİN, Zeynep B., “Banning reproductive travel: Turkey’s ART legislation and third-party assisted reproduction”, **Reproductive BioMedicine Online**, 2011, C. 23, s. 555-564.
- HARDERS, Ann-Cathrin, “2 Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition”, **Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture**, (ed.) DASEN, Véronique / SPATH, Thomas, Oxford, 2010, s. 49-72.
- Hammurabi Yasaları (çevrimiçi) <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, E.T. 01.06.2024.
- HORSEY, Kirsty, “The Future of Surrogacy: A Review of Current Global Trends and National Landscapes”, **RBMO**, 2024, C. 48, S. 5, s. 5-11.
- İLTAŞ, Yiğit, “Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı”, **BUHFD**, 2023, C. 18, S. 215, s. 995-1045.
- JACOBSON, Heather, **The Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies**, Rutgers University Press, 2016.
- JOHNSON, Lily, “Commercial Surrogacy is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties”, **Wash. Int’l L.J.**, 2019, C. 28, S. 3, s. 701-726.
- Kazablanka Deklarasyonu (çevrimiçi) <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/>, E.T. 01.06.2024.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- KORNEGAY, R. Jo, “Is Commercial Surrogacy Baby-selling?”, **J. APPLIED PHIL.**, 1990, C. 7, S. 1, s. 45-50.
- MALKOÇ, ŞENSÖZ Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Dopan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 2015, C. 35, S. 2, s. 13-49.
- METİN, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 7-55.
- MOHAPATRA, Seema, Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy, **BERKELEY J. INT’L L.**, 2012, C. 30, S. 2., s. 412-450.

- MULLIGAN, Andrea, "Protecting Identity in Collaborative Assisted Reproduction: The Right to Know One's Gestational Surrogate", **International Journal of Law, Policy and the Family**, 2020, C. 34, S. 1. s. 20-42.
- NAHIGIAN, Vanessa, "Procreative Autonomy in Gestational Surrogacy Contracts", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Y. 2019, C. 53, S. 1, s. 235-262.
- O'CALLAGAN, Elaine, "Surrogacy Reform and Its Impact on the Child's Right to Birth Registration", **Reproductive BioMedicine and Society Online**, 2021 C. 13, s. 46-50.
- O'CALLAGAN, Elaine, "Surrogate Born Children's Access to Information About Their Origins", **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2021, C. 00, s. 1-19.
- PANDE, Amrita, **Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India**, Columbia University Press, 2014.
- PASCOE, John, Sleepwalking Through the Minefield: Legal and Ethical Issues in Surrogacy, **Singapore Academy of Law Journal**, 2018, C. 30, s. 455-483.
- ROSEMAN, Mindy Jane, The Fruits of Someone Else's Labour: Gestational Surrogacy and Rights in the Twenty-First Century, **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, Ed. Andreas ARNAULD / Kerstin DECKEN / Mart, SUSI, 2020.
- ROSENBERG, Meryl B, "Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements", **Fam. Adv.**, Y. 2011, C. 34, s. 23-27.
- RUDDICK, Sarah, **Maternal Thinking: Towards a Politics of Peace**, Beacon Press, 1989.
- RUDRAPPA, Sharmila, "Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India", 2002-2015, **CRITICAL SOC.**, 2017, C. 44. s. 1-15.
- SABATELLO, Maya, "Who's got parental rights? The Intersection between Infertility, Reproductive Technologies, and Disability Rights Law", **Journal of Health and Biomedical Law**, 2010, C. 6, S. 2, s. 227-260.
- SAKIMURA, Catherine, "Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993)", **Feminist Judgments: Reproductive Justice Rewritten** (ed. Mutcherson, Kimberly M) Cambridge University Press, 2020.
- SATZ, Debra, **Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets**, Oxford University Press, 2010.
- SENGUPTA, Ananya, **Bigoted Nationalism Enters Womb**, Telegraph India, 2016.
- SHI, Lei, "Surrogacy in China", **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**, Ed. Jens, SCHERPE / Claire Fenton GLYNN / Terry KAN, Intersentia, 2019, s. 359-376.
- SMOLIN, David M, "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children", **PEPP. L. REV.**, 2016, C. 43, S. 2, s. 265-344.

- TEMAN Elly, “Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control” **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, ed. E. Scott Sills, Cambridge University Press, 2016.
- TOBIN, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”, **The International and Comparative Law Quarterly**, 2014, C. 63, S. 2, s. 317-352.
- UKELES, Laufer Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy”, **Ind LJ**, 2013, C. 88, s. 1223-1278.
- WALKER Ruth, Van Zyl Liezl, “Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Abnormality” **Bioethics**, Y. 2015, C. 29, s. 529-535.
- WILKINSON Stephen, “The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy” **Bioethics**, Y. 2003, C. 17, S. 2, s. 169-187.
- Women’s Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends” **CEDAW Position Paper** (çevrimiçi)  
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WG/WomensAutonomyEqualityReproductiveHealth.pdf>, E.T. 01.06.2024.
- ZHAO, Yue, “Protection of rights and legal remedies for surrogate mothers in China” **Humanity Soc Sci Commun**, Y. 2023, C. 10, s. 823-835.



# Negatif Adalet Kavramı<sup>(\*)</sup>

## The Concept of Negative Justice

Muzaffer DÜLGER<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Bu makalede, liberal adalete dair tartışmalar içerisinde oldukça fazla taraftar bulmuş bir adalet anlayışını temsil eden “negatif adalet” kavramının siyaset ve hukuk felsefesi tarihi içerisinde belirişi konu edinilmiştir. Bu kavrayışın, 16 ve 17. yy. doğal hukuk düşünürlerince çok fazla üzerinde durulan “tam ve eksik ödevler” ayrımı ile yakından ilişkisi olduğu savunulmuştur. Doğal hukukçu filozoflar tarafından, bu ayrım vasıtasıyla, insanlığın doğal ahlâkî sahasının hangi kısımlarının hukukten tasarlanmaya elverişli olduğunun sınırları çizilmeye çalışılmıştır ve liberal felsefe açısından bu sınır çizme girişimleri kamusal otoritenin sınırlarını çizebilmek için elverişli bir malzeme sunmuştur. Söz konusu çalışmalar çerçevesinde ortaya çıkan başlıca önermeler şunlardır: Adalet, asgari ahlâktır. Hukuk, adaleti sağlamaya çalışır, toplumun ahlâkî inşası hukukun meselesi değildir. Hukukun adaleti negatif karakterdedir, *neminem laedere*, yani bir kimsenin bir başkasına zarar vermesini ve kötülük yapmasını engellemeye dönüktür. Bir kimsenin bir başkasına iyilik yapmasını sağlamaya dönük değildir. Bu yüzden hayırseverlik edimleri hukuki ödevler biçimini alamaz. Hukuk, toplumun salt varoluşu için zaruri olan durumları düzenler. Reaktifdir, talep ya da şikayet halinde bozulan duruma müdahale eder. Ahlak ise toplumun daha iyi bir varoluşuna dönük olup, sorunlar daha henüz ortaya çıkmadan proaktifdir. Tüm bu önermeler çerçevesinde, liberal geleneklerce tıpkı negatif özgürlük gibi benimsenen bu adalet kavrayışı, dağıtıcı adaletin de zıttı bir bakışı yansıtır.

### Anahtar Kelimeler:

Negatif Adalet, Hugo Grotius, Adam Smith, Rasyonalist Doğal Hukuk Geleneği, Liberalizm.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 28.08.2024

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545350>

Bu makaleye atf için; DÜLGER, Muzaffer, “Negatif Adalet Kavramı”, *İMHFD*, C. 9, S. 2, 2024, s. 435-462

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye

E-posta: [muzaffer.dulger@medeniyet.edu.tr](mailto:muzaffer.dulger@medeniyet.edu.tr)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0359-9368>

**Abstract:**

In this article, the emergence of the concept of “negative justice”, which represents a conception of justice that has found many supporters in liberal justice debates, in the history of political and legal philosophy is discussed. It has been argued that this conception is closely related to the distinction between “perfect/imperfect duties”, which was much emphasized by natural law thinkers of the 16th-18th centuries. Through this distinction, they have attempted to delimit which parts of the natural moral sphere of mankind are legally conceivable; and for liberal philosophy, these attempts have provided convenient utilities for drawing the boundaries of public authority. The main propositions emerging from these studies are as follows: Justice is the minimum morality. The law seeks to ensure justice, the moral construction of society is not a matter for law. The justice of law is negative in character, *neminem laedere*, i.e. it is intended to prevent one person from harming to another; not directed towards enabling one person to do good to another. Therefore the acts of charity cannot take the form of legal duties. Law regulates situations that are essential for the mere existence of society. It is reactive, intervening in a deteriorating situation on demand or complaint. Morality, on the other hand, is oriented towards a better existence of society and is proactive before problems arise. Within the framework of all these propositions, this conception of justice, adopted by liberal traditions just like negative liberty, also reflects a perspective that is the opposite of distributive justice.

**Keywords:**

Negative Justice, Hugo Grotius, Adam Smith, Rationalist Natural Law Tradition, Liberalism.

## I. GİRİŞ: ADALET ÜZERİNE İKİ KURUCU KAVRAYIŞ: KOZMOLOJİK ADALET / ERDEM OLARAK ADALET

Adalet kavramı üzerine tarih boyunca sayısız tanımlar üretilmiştir. Tanımların farklılığı ölçüsünde göreceli bir doğaya sahiptir adalet. Her ne kadar adaleti hukukun nihai ereği, *telos*'u, olarak tarif eden pek çok görüş olsa da, adalet ile hukukun arasını biraz daha mesafeli bırakmaya ya da tamamıyla irtibatlarını kesmeye dönük fikirlerin en fazla ön çıkardıkları argüman da işte bu, yani adaletin kavramsal göreceliliğidir. Bu görecelilik içerisinde, dağıtıcı, denkleştirici, sosyal, prosedürel, onarıcı, ödetici, düzeltici, sözleşmesel, dünyevi, ilahi vs. pek çok adalet türü ya da tanımıyla karşılaşırız. Fakat bir başka açıdan bakıldığında, bu çeşitliliğin parçaları olarak düşünülebilecek söz konusu adalet türlerinin pek çoğunun aslında birbirinin bir tür açılımı ya da türevi olduğu da pekâla söylenebilir. Dolayısıyla böylesine göreceli bir kavramı ve bunun türevlerinden herhangi birini, ancak “göre”lerle ve diğer türevlerle mesafesi ve koordinatlarına göre tanımlayabilmek mümkündür. Bu çalışma adaletin göreceli sahasının içerisindeki bir adalet türüne odaklanmıştır: *Negatif Adalet*. Bu tâbir ile ilk olarak, ünlü İskoç filozof Adam Smith'in satırları arasında<sup>1</sup> rastlaşmış olsam da, kavramın felsefe tarihi içerisindeki izini sürdükçe, esasında pek çok zihnin adalet kavra-

<sup>1</sup> Bkz. aşağıda, dn. 13-15.



mını Smith’le benzer bir biçimde ele almış olduğunu fark ettim. Bu makalede, hukuk, ahlâk ve siyaset felsefelerinin ortak tarihinin sayfaları arasında, “negatif adalet” kavramının izleri bulunmaya ve bunun kökü sayılabilecek kavrayışlarla bir takım açılımları teşhis edilmeye çalışılacaktır.

Negatif adalet kavrayışının konumunu, adalet türlerinin yer aldığı haritada işaretleyebilmek ve hangi diğer adalet kavramlarına komşu ve hangilerine en uzak olduğunu saptayabilmek için, öncelikle, mevcut kavramsal haritanın genel hatlarını kısaca ortaya koymak gerekir. Adalet tartışmalarının felsefe tarihindeki ilk sayfalarına gittiğimizde, iki temel taşıyla, Platon ve Aristoteles ile karşılaşırız. Adaletten bahsederken birbirlerinden nispeten farklı şeyler söylerler. Platon için adalet, bir düzenin, kozmosun dengesini gösterir. Düzen içindeki herkesin ve her şeyin kendine ait yerde durması ya da bulunması gereken noktada bulunması, adil bir durumu gösterir. Bu kavrayışın toplumsal veçhesinde onun *Devlet* kitabındaki tasarımını görürüz. Her toplumsal kesim kendi erdemine uygun yaşmalıdır; üretici üreticiliğini, koruyucu koruyuculuğunu, yönetici yöneticiliğini bilmelidir ve sınırlarını aşmamalı, *hybris*’e (küstahlığa) kaçmamalıdır; adil olan budur, adalet de bir durumdur. Biz bu Platoncu kavrayışa bir düzen tasarımı oluşturması nedeniyle, kanımca “kozmozolojik adalet” kavrayışı diyebiliriz<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Höffe, tanrı ve tanrısal düzen fikirleriyle birlikte düşünülen adalet kavrayışlarının pek çoğunda -Antik Mısır’ın *Ma’at*’ı ya da İbrance’deki *תְּדָנָה* (sadaq/tzedeq) kavramında- bu tip bir kozmozolojik mahiyet tespit eder. Bkz. HÖFFE, Otfried, **Adalet: Felsefi Bir Giriş**, Çev. Muhsin Bulut, 1. Baskı, Runik Kitap, İstanbul 2020, s. 10-13. Bu kozmozolojik kavrayışı, Türk-İslam medeniyetinin siyasetname geleneğinde, çeşitli düşünürlerin eserlerinde göze çarpan “Adalet Çemberi” temalarında da görebiliriz. Adalet çemberi tariflerinde de bir sosyal nizam ve bunun her bir ögesinin birbirini beslediği bir döngüden söz edilir, adalet bu nizamın süreğenliği ve dengesini teşkil eder. Çember modelini kullanan eserlerin temellerine indiğimizde, İslam felsefesinde Aristoteles’e atfedilen (fakat bu ihtimalin çok düşük olarak kabul edildiği) *Sırru’l Esrâr* isimli kitap ile karşılaşırız. Bu eser dışında İbn Haldun’un *Mukaddeme*’sinden Kınalızade Ali Efendi’nin ahlâk üzerine metinlerine dek daha pek çok eser bu kozmozolojik kavrayışa dahildir. Her birinde birbirine benzer mahiyette adalet çemberlerinden söz edilir. Örneğin: “Ey hükümdar! Mülkün izzeti sadece şeriat (hukuk, adalet), Allah’ın rızası için iş görmek ve onun emri ve yasakları dairesinde icraatta bulunmakla gerçekleşir. Şeriatın kıvamı ancak mülk ile, mülkün izzeti (devlet işlerini gören) adamlarla, devlet adamlarının kıvamı (maaş, para ve) mallardır. Memleketi mamur hale getirmeden başka mal temin etmenin yolu olmadığı gibi adalet olmadan da memleketi imar etmenin çaresi mevcut değildir. Adalet halk arasına konulmuş bir terazidir. Bu teraziyi Allah koymuş, hükümdarı da ona kayyum ve nezaretçi tayin etmiştir.” İBN HALDUN, **Mukaddeme (Cilt -1)**, haz. Süleyman Uludağ, 5. baskı, Dergah Yayınları, İstanbul, 2007, s. 206. Tıpkı İbn Haldun gibi adalet çemberini Aristoteles’e ithafen (onun Büyük İskender’e derslerine atfen) nakleden Kınalızade, dairenin sekiz ilkesini şöyle ifade eder: “(1) *Dünya* bir bağlıdır duvarı *devlet*; (2) *Devleti* kuran Allah’ın *kanunudur*; (3) Allah’ın *kanununu* ancak *Saltanat* korur; (4) *Saltanat* ancak *ordu* ile zaptedilir; (5) *Orduyu* ancak *mal* ayakta tutar; (6) *Mah* temin eden *halktır*; (7) *Halkı* idare altına alan *Devletin adaletidir*; (8) *Dünyanın düzenini* ve saadetini sağlayan *adalettir*; (1)...” Bkz. KINALIZADE ALİ EFENDİ, **Devlet ve Aile Ahlâkı**, haz. Ahmet Kahraman, Tercüman Yayınları, İstanbul, 1982, s. 283.

Aristoteles ise bu Platonist kozmolojik adalet kavrayışını *Nikomakhos'a Etik* isimli eserinde önemli ölçüde değiştirir. Adalet, onun fikirlerinde, pek çok ahlâkî erdemın merkezinde duran<sup>3</sup>, bir ortayı belirleme, dengeleme<sup>4</sup> ve paylaş-tırma erdemidir. Bazen elmayı eşit parçalara ayırıp insanlara paylaş-tırma adil-dir; bazense bunu farklı oranlarda yapıp dağıtmak... Bugün halen, ilkinde denkleştirici (ya da düzeltici-*corrective*) ikincisine ise dağıtıcı (*distributive*) adalet demektedir. Bir yasakoyucunun kural koyma, statüler oluşturup hak ve borçları bu statülere göre eşit ya da orantısız paylaş-tırma faaliyetini tahayyül ettiğimizde, çoğu zaman denkleştirici ya da dağıtıcı adaletin neticeleriyle ilgili konuşuruz. Bazen “herkesin din ve vicdan hürriyeti vardır” denerek ya da genel olarak “kanun önünde eşitlik” dile getirilerek herkes bir biçimde birbirine denk kılınır; bazen de ulaşım ücretleri öğrencilik, yaşlılık, normal yolcu gibi statülere ayrılarak farklı oranlarda pay edilir, dağıtılır. Dolayısıyla bu iki adalet türünü düzen oluşturmak ve bunun için sınırları çizip bu konuda kural oluşturmak bahsinde net bir biçimde görürüz; fakat o kuralları uygulamak ve karar vermek açısından söz konusu iki adalet türünün yetersizliğini takviye etmek adına, Aristoteles üçüncü bir tür adaletten daha bahseder: Hakkaniyet (*επιεκεια*, *epiekeia*, *equity*)<sup>5</sup>. Romalıların hukuku ona göre tanımladıkları<sup>6</sup> bu adalet türü, statüler ve standartlar oluşturarak talimatı sabitlemiş olan “yazılı yasanın ötesine geçen bir adalet”

<sup>3</sup> Aristoteles’in ahlâkî erdemler konusunda bilindik ortacı, ortayı bulma tavrı da, yine dengeleme ve adalet meselesidir. Eserinin pek çok yerinde ortayı bulma ile adalet arasında bağlantılar bulunur. “Erdem, bir tür orta olmadır; ortayı amaç edinir...” (1106b, 30) “Adalet kendi amacını kendinde taşıyan bir erdemdir... Adalette bütün erdemler bir arada bulunur... Adalet erdemın bir parçası değil, erdemın bütünüdür; karşıtı olan adaletsizlik ise kötülüğün bir parçası değil, kötülüğün bütünüdür” (1129b, 25-30, 1130a, 10) “Nitekim yargıç canlı adalet gibi olmak ister; gerçekten de orta olan yargıç aranır; kimileri de ona ‘ortacı’ der; ortaya isabet ederse adil olana da isabet eder diye. O halde adalet, yargıcın da olduğu gibi, orta olan bir şeydir.” (1132a, 20) “Adalet de bir ortadır, ama öteki erdemlerin olduğu şekilde değil; o, orta olanın özelliğidir; adaletsizlik ise uçların özelliğidir.” (1133b, 30) Sırayla bkz. ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Çev. Saffet Babür, 4. baskı, Bilgesu Yayınları, Ankara 2012, s. 37, 92-93, 96, 98, 102.

<sup>4</sup> Dengeleme ile adalet kavramı arasındaki bağa, adaletin Arapça etimolojisi üzerinde duran başka çalışmalar da işaret eder. العدل (adl) kökü üzerine etimolojik çalışmaların, at ya da devenin iki tarafındaki yükün denklığı üzerine değerlendirmelerini aktaran: ZELYÛT HÛNLER, Solmaz, “Adaletin Muadili Nedir?” **HfSA 9. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 67-72, s. 67.

<sup>5</sup> Bu arada hakkaniyete dair Aristoteles öncesi Platon’un *Devlet Adamı* metninde de değiniler söz konusudur. Örneğin: “Hukuk, herkes için, neyin en asil ve adil olduğunu kat’i bir biçimde içeremez ve en iyinin ne olduğunu bir kerede buyuramaz. İnsan ve eylemlerin çeşitlilikleri ile insanoğlunun hareketlerinin bitmek bilmez düzensizlikleri, herhangi bir evrensel tekil kurala imkân vermez. Hiçbir sanat, sonsuza dek aynı kalacak bir kural meydana getiremez (294b) Kanunlar böylesine değışmez bir yönetim türüyle aynı yerde durur. Onlar aynı kendinden emin ama cahil bir adamın emirlerine benzerler; kimseye söz vermeden, yeni bir duruma katlanamayan ve kendinden önceki emirlere tahammül edemeyen bir insan gibi halihazırdaki durumu kurtarmaya çalışırlar. (294c)” YNTEMA, Hessel E., “Equity in the Civil Law and the Common Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 15, No. 1-2 (1966-1967), s. 60-86, s. 63. Yntema’nın Platon alıntıları ile Platon’un Türkçe (Akderin) çevirisi arasında farklar söz konusudur. Karş. PLATON, *Devlet Adamı*, Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 88.

<sup>6</sup> “*Ius est ars boni et aequi.*” (Hukuk, iyinin ve hakkaniyetin sanatıdır.).

türüdür<sup>7</sup>. Yasaların genelliğinin neticesi olarak onları somut olaya ve kişiye uygulamak için, yani genel kuralı karara dönüştürmek için, onu nispeten düzeltme ve tamamlama ihtiyacının bir gereğidir<sup>8</sup>. Daha sonra Romalılar bu tamamlayıcı niteliği ifade etmek için şu deymi kullanmışlardır: *Aequitas non facit jus, sed juri auxiliatur*. (Hakkaniyet hukuk yapmaz, hukuka yardım eder.) Dolayısıyla Aristoteles'in bahsetmiş olduğu şey, bugün "somut olay adaleti" de dediğimiz türdür ve ilk iki tür (dağıtıcı ve denkleştirici) adalet yöneticinin düzen kurma ve sürdürme erdemi olarak da takdim edilebilecekken, hakkaniyet hükümlerin bireyselleştirildiği ölçüde yargılayıcının bir erdemi ya da onun kararlarına sinen bir nitelik olarak düşünülebilir. Hakkaniyet ile Antik Yunan filozoflarının akliselim karar verebilme yetisi olarak çevirebileceğimiz *phronesis* (φρόνησις) dedikleri meziyetin yakın bir ilgisi bulunur. Bu meziyet, bir kişinin akliselim (*phronimos*) bir biçimde yerinde ve zamanında iyiye dönük doğru seçimler yapabilme ve kararlar verebilme yetisine işaret eder. Bu bağlamda *phronesis*, "geçmiş deneyimlerin ışığında, belirli bir olay ve bağlamın özellikleri eşliğinde müzakere" kabiliyetidir<sup>9</sup>. *Jurisprudence* ile *phronesis* arasındaki bağlantı<sup>10</sup> da keza hakkaniyetin, hukuki muhakemeye has ve karar vermeye dair bir adalet kavrayışı olduğunu göstermektedir.

Genel hatlarını çizdiğimiz, Platoncu ve Aristotelesçi adalet kavrayışları, adalet kavramıyla ilgili çeşitli unsurları da ortaya koyan kurucu kavrayışlardır. Benzer şekilde adaletin mitolojik figürlerde dahi simgelenen pek çok unsuru söz konusudur. *Themis*'in göz bağı (tarafsızlık), terazisi (ölçülülük-oran), kılıcı (cebir) ya da *Erinyes*lerin hıncı (karşılık) gibi... Örneğin, Aristotelesçi dağıtıcı adalette, gömülü vaziyette bir terazi söz konusudur. Hak ve borçların dağıtımında, karşıda duran statülerin (ör. yaşlılık, çocukluk, yetişkinlik vs.) arasında belli nitelikler (ör. yaş) ölçüsünde bir oranlama yapılır. Keza, denkleştirici adalette de adaletin tarafsızlık unsuru gömülüdür. Herkese eşit muamele göstermek ve bir

<sup>7</sup> ARİSTOTELES, **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, 12. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 84-85. [1.13.11-19; 1374a-1374b].

<sup>8</sup> ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 112 (1137a-1138a) (Türkçe çeviride *epieikeia* 'hakkaniyet' değil 'doğruluk' olarak çevrilmiştir.).

<sup>9</sup> UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2020, s. 69. *Phronesis* ile hakkaniyetin bağlantısına işaret eden bir başka çalışma olarak bkz. ÖZLEM, Doğan, "Adalet ve Görecelik", **HFSA 9. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 199-205, s. 200.

<sup>10</sup> *Jurisprudence* kavramındaki Latince terim *prudencia*, köken olarak Antik Yunanca *phronesis*'e dayanmaktadır. Bu konuda bkz. ÇEBİ, Sezgin Seymen, "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", **HFSA 27. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur vd., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, s. 28-53.

tarafı diğerinden daha fazla gözetmemek, tarafsızlığı gösterir. Fakat tarafsızlık adaletin bir unsurudur sadece; adaleti salt tarafsızlıkla tanımlamak mümkün değildir. Bir kral, dükkanlardan mal çalınmasına sol elin kesilmesi cezasını öngörmesi ve bunu tarafsız bir biçimde herkese eşit bir biçimde uygulaması, gene de uygulamaya adil diyebilmek pek mümkün değildir, zira yapılan yanlışla bunun karşılığı arasında makul (*phonimos*) bir insanın orantı kurabilmesi güçtür<sup>11</sup>. Dolayısıyla adalet dendiğinde, tarafsızlık ve oran başta olmak üzere burada tek tek ve tüketici biçimde ele alınamayacak kadar çok ilintili kavram söz konusudur.

Platon ve Aristoteles'in adalet kavramları aynı zamanda, çağlar boyunca adalet üzerine düşünenlerin adaletin farklı yönlerini işaret eden türev adalet kavramlarını üretmelerine zemin teşkil etmiştir. Örneğin günümüzde ceza muhakemesinde bir imkân olarak beliren uzlaştırma mekanizmasıyla ilgili olarak kavramsallaştırılan “onarıcı adalet” çerçevesinde giderim yoluyla mağdurun zararının karşılanması odaklı yaklaşım, aslında denkleştirici adaletin komütatif (*commutative*) bir formudur. Hatta ceza adaletinin eski kefaretçi biçimleri dahi, göze göze dişe diş (*lex talionis*) nosyonu üzerinden, bir tür denkleştirici adaleti dile getirmişlerdir. “Sosyal adalet” ise, Aristoteles'in dağıtıcı adalet dediği kavrayışın çağdaş bir formudur. Menfaatlerin, hak ve yüklerin dağıtımında toplumun dezavantajlı kesimlerini birer statü olarak tanımlar ve onların faydasına olacak şekilde dağıtımı gerçekleştirmeyi “adil” olarak niteler. “Prosedürel adalet” olarak ifade edilen bir başka adalet kavrayışı da, özneler arası ilişkilerin maddi içeriği üzerinden adalet tartışması yapmayan biçimsel bir kavrayıştır. Adalet tartışması yapılan ilişkisel alanın sınırları ve kuralları belli ise, bunlara uyulmasının otomatik neticesinin “adil” durum olduğunu savunur. Bu yönüyle bir düzenin verili çerçevesi içerisinde hareket etmesi ve bu verili özelliklerin adil olduğu varsayımına bağlı olması dolayısıyla Platonist-kozmozolojik kavrayışın bir görünümünü arz eder.

## II. NEGATİF ADALET KAVRAMI

### A. Smith Ne Kastetti?

Tüm bu türev adalet kavrayışlarının yanında, liberal felsefe literatüründe göze çarpan bir adalet kavramı da “negatif adalet”tir. Bu kavramı telaffuz edenlerden biri olan Adam Smith (1723-1790), Glasgow Üniversitesi'ndeki öğrencilerinin tuttuğu hukuk üzerine vermiş olduğu derslerin notlarında şunları söyler:

<sup>11</sup> SCHMİDTZ, David, *Adaletin Unsurları*, Çev. Hayrettin Özler, Liberte Yayınevi, Ankara, 2010, s. 22.

“Adalet ile murat edilen zarara karşı korunmaktır ve bu devletin temelidir”<sup>12</sup>. Bir başka eseri *Ahlâkî Duygular Kuramı*’nda ise adalet erdeminden şu şekilde bahseder: “Salt adalet, çoğu durumda *negatif* bir erdemden ibarettir ve sadece bizim komşumuza zarar vermemizi engeller”<sup>13</sup>. Görüldüğü üzere, Smith, adalet kavramını, halihazırda içinde bulunulan durumu daha da adil hale getirmek ve iyileştirmek için bir şeyler *yapmaktan* ziyade, belli durumlardan (genel olarak zarar ve bozgunculuktan) *kaçınmayla* ilişkilendirir. Dolayısıyla Isaiah Berlin’in çok sonra yapacağı bilindik pozitif ve negatif özgürlük ayrımındaki gibi bir negatiflik ya da çekiniklik bildirir. Başka bir deyişle, pozitif edimsel ya da proaktif biçimde daha iyi ve adil bir dünyanın inşası girişimlerine ilgisizlik içerir. Tersine, zarar ya da saldırı durumuna karşı reaktif bir adalet kavrayışıdır, bu anlayış. Proaktivitesi, her ne kadar Smith’ten çok net bir düşünce çıkarılamasa da, en fazla, olası zararlara önlem almak biçiminde olabilir.

Her devletin ve *commonwealth*’in bilgeliği, toplumun gücünü, yapabildiği ölçüde, onun otoritesine tâbi olan kişilerin, başka birinin mutluluğuna zarar vermesini veya onu taciz etmesini *önlemek* için kullanmaya çalışır. Bu amaçla tesis ettiği kurallar her bir devlet ya da ülkenin medeni (*civil*) hukukunu ve ceza hukukunu teşkil eder<sup>14</sup>. (v.e.)

Bu adalet kavrayışı Smith’in hukuk kavramıyla da uyumludur. O’na göre hukuk, tarihsel planda ilk olarak çoban toplumlardaki zenginlik asimetrisi nedeniyle, varlıklı grupların ellerindeki varlıkları görece yoksul (daha az hayvan stoğuna sahip) kesimlere karşı korumak (diğer bir deyişle zarar ve saldırıya karşı koruma) ihtiyaçları eşliğinde ortaya çıkmıştır.

Adalet kavramına yüklenen bu negatif anlamla ilk kez karşılaştığım Smith’in metinleri hiç şüphesizki “negatif adalet” kavramının ilk elden üretildiği metinler değildir. Siyaset ve hukuk felsefesi tarihinin sayfalarını karıştırarak, kavramın öncesi ve sonrasına baktığımızda, birçok filozofla karşılarız. Bu konuda belki Smithyen negatif adalet düşüncesi ile ilk bağlantıların ve benzer kavrayışların keşfedebileceği yer, Protestan ve Rasyonalist Doğal Hukuk gele-

<sup>12</sup> SMITH, Adam, **Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler**, Çev. Ahmet Celiloğlu, Pinhan Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 43.

<sup>13</sup> SMITH, Adam, **Ahlâkî Duygular Kuramı**, Çev. Derman Kızılay, Pinhan Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 122.

<sup>14</sup> SMITH, **Ahlâkî Duygular Kuramı**, s. 317. Ayrıca Smith, *Milletlerin Zenginliği*’nde, Hükümdara yüklenen “büyük önem taşıyan görevler” arasında *ikincisi* olarak “toplumun her üyesini, mümkün olduğunca, toplumun diğer üyelerinin adaletsizliği veya baskısına maruz kalmaktan koruma görevi”ni dile getirir. (Birinci görev “dış güvenlik”, üçüncü görev de serbest piyasada kâr düşüklüğü nedeniyle kimsenin el atmadığı kamu hizmetlerini üstlenmek”tir.) SMITH, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, Çev. Haldun Derin, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011, s. 763 (4. Kitap, Bölüm IX).

nekleridir. Özellikle de bu doğal hukuk gelenekleri içerisinde tartışmaya açılan - doğal hukuka göre- insanın “tam (*perfect*) ve eksik (*imperfect*) ödevleri ayrımı” ile negatif adalet kavramının çok yakın bir ilişkisi söz konusudur. Makalede, öncelikle ve özet bir biçimde, Smith öncesi doğal hukukçu filozofların geliştirdiği tam ve eksik ödevler ayrımı doğrultusunda negatif adalet kavrayışının köklerine ilişkin çıkarımlar yapabileceğimiz bir seçki sunulacak; bunun sonrasında da Smith’ten sonra giderek liberal felsefenin adalet kavrayışının merkezine oturan negatif adalet kavramına ilave yorumlar getiren birkaç önemli düşünürün görüşleri ele alınarak, söz konusu adalet kavrayışın hukuk kuramı açısından getirmiş olduğu açılımlar irdelenecektir.

## **B. Retrospektif: Protestan ve Rasyonalist Doğal Hukuk Geleneklerinde Negatif Adalet Kavrayışının İzleri ve Bu Bağlamda Hugo Grotius’un Tam (*Perfect*) ve Eksik (*Imperfect*) Ödevler Ayrımı ve Şerhleri**

Literatürde Adam Smith, Gershom Carmichael’dan geriye Hugo Grotius’a dek izleği kurulan ve Protestan doğal hukuk geleneği olarak adlandırılan bir geleneğin içerisinde konumlandırılmıştır<sup>15</sup>. Grotius, aynı zamanda Pufendorf ve Leibniz’e uzanan rasyonalist doğal hukuk düşüncesinin de ilham verici ve kendisine çokça şerh düşülen filozofudur. Dolayısıyla ismini andığımız bu entelektüel çizgiler, Aydınlanma Avrupası’nda çoğu zaman birbirine temas eden geçişli bir karaktere sahiptirler ve hem modern doğal hukuk düşüncesi hem de Smith’in felsefesindeki belli başlı kavramlar açısından kurucu fikirleri barındırırlar. Girizgâhını Smith’in metinlerinden sunduğumuz negatif adalet kavramı da işte bu doğal hukukçu geleneklerde bahsi geçen ve olgunlaştırılan, tam (*perfect*) ve eksik (*imperfect*) ödevler ayrımıyla çok yakından ilişkilidir. Bu ayrım vasıtasıyla bireyin ödev ya da yükümlülükleri iki ana parçaya ayrılmıştır. Buna mukabil bireysel haklar da yine doğal hukukçu ve düalist bir çerçeve içerisinde alınarak tam ve eksik haklar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu ayrım yoluyla, çeşitli doğal hukuk düşünürlerince, bireyin ne zaman -ardına bir kamu gücünün desteğini alarak- kurumsal cebri devreye sokabileceği (hak arama uğraşına koyulabileceği) ya da ne zaman diğer bireyler ile sadece rızaî ve gönüllü bir ilişki sürdürebileceği meseleleri analiz edilmiştir. Bir diğer deyişle, hukuki yükümlülükler sahası ile ahlâkî yükümlülükler sahası arasındaki sınır analiz edilmeye çalışılmıştır. Ahlâk alanı da kendi

<sup>15</sup> Bkz. LIEBERMAN, David, “Adam Smith on Justice, Rights, and Law”, *The Cambridge Companion to Adam Smith*, Ed. Knud Haakonssen, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 214-245, s. 220; YOUNG, Jeffrey T., “Law and Economics in the Protestant Natural Law Tradition: Samuel Pufendorf, Francis Hutcheson, and Adam Smith”, *The Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 30, No. 3, 2008, s. 283-296.

içinde (i) cömert ve iyiliksever davranışlar ile (ii) karşılıklılığa bağlı “adil” davranışlar olarak iki parçada analiz edilmiş; ilki bireyin salt ahlâkî yargı sahasına emanet edilirken, ikincisi ahlâk ve hukukun ortak sahası olarak kontürlenmiştir.

Örneğin Alman doğal hukukçu filozof Christian Thomasius (1655-1728), *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* adlı yapıtında, ahlâk ile adalet kavramı arasında bir fark ortaya koyarken, Smithyen negatif adalet kavramının dolayla- rında gezinir:

Adalet (*iustum*) insan ilişkilerini *olanaklı kılan koşulları* ortaya koymak ve bunları gözetmekten ibarettir. İlk kuralı ise şudur: “Sana yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma.” Ama ahlâk, en geniş kavrayışta bundan çok daha fazlasını gerektirir. Başkasının bize yapmasını istediğimiz şeyi başkalarına yapmayı da içerir; kendi vicdanımıza bir görev yükler<sup>16</sup>. (v.e.)

Bu açıdan ahlâk, *yapma (pozitif)* ile adalet ise *yapmamayla (negatif)* ilgilidir. Adalet iyiliği içerir; harekete geçerek ‘öteki’nin de gözetildiği *daha iyi* bir durumun oluşturulmasında, ahlâkî özneye ödev biçer. Adalet ise, mevcut durumu bozacak veya *daha kötüye* götürecek edimlerin önüne set çekerek bu konuda *zaruri olan* negatif yükleri özneye yükler. Yani bir başka açıdan değerlendirmek gerekirse, Thomasius’un adaleti, “asgari ahlâk” konumuna dönüştürdüğünü pekâla ifade edebiliriz.

İlk olarak, hak, elbette Grotius’un bir meleke olarak adlandırdığı şekliyle, tam/mükemmel [*perfect*] ve eksik/nâmükemmel [*imperfect*] olmak üzere ikiye ayrılır. İlki, hakkı olanı verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir başkasını zorlayabileceğim güçtür. İkincisi ise farklı bir konudur. Burada yükümlülüğün yerine getirilmesi, bu hakka karşılık gelen yükümlülüğe sahip olan kişinin utancına ve vicdanına bırakılmıştır<sup>17</sup>.

Thomasius’un Hugo Grotius’a (1583-1645) atfen zikrettiği tam/mükemmel (*perfect*) ve eksik/nâmükemmel (*imperfect*) ödev<sup>18</sup> ya da buna mukabil ikili hak kavrayışı, negatif adalet kavramının da içini doldurmaktadır. Bu konuda Grotius’un *Savaş ve Barış Hukuku*’nun farklı edisyonlarındaki ilgili kısımlara (II. Kitap, 22. bölüm “-Savaşın Gayriadil Sebepleri Üzerine”, xvi.) baktığımızda şu pasajlar dikkat çekicidir:

<sup>16</sup> Değerlendirme D’Entreves’ten alınmıştır. Bkz. D’ENTREVES, Alessandro Passerin, **Doğal Hukuk: Hukuk Felsefesine Bir Giriş**, Çev. Furkan Kararmaz, Zoe Kitap, İstanbul, 2023, s. 94.

<sup>17</sup> THOMASIIUS, Christian, **Institutes of Divine Jurisprudence with Selections from Foundations of the Law of Nature and Nations**, Trans. & Ed. Thomas Ahnert, Gen. Ed. Knud Haakkonsen, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2011, s. 77 (§104).

<sup>18</sup> Bundan sonra, bu kavramlar “tam ödev” ve “eksik ödev” olarak zikredilecektir.

Hayırseverliğin *eksik* yükümlülükleri ve aynı türden diğer yükümlülükler bir adalet mahkemesinde görülemeyeceği gibi, bunların yerine getirilmesi silah vasıtasıyla da zorlanamaz, Çünkü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini zorlayabilecek olan, o yükümlülüğün ahlâkî doğası değildir, o yükümlülüğün taraflarından biri için yasal bir hak meydana getirmesidir. Çünkü ahlâkî yükümlülük, böyle bir haktan geçici bir ağırlık alır. Bir savaşa adil bir savaş niteliği kazandırmak için bu ek yükümlülüğün birincisiyle birleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla, bir iyilikte bulunan bir kişinin, bunun karşılığını talep etme *hakkı* olmaz, çünkü bu durum, bir iyilik eylemini sözleşmeye dönüştürmek olur<sup>19</sup>.

Katı manada hukuki olmayan ancak başka bir kaynaktan doğan bir yükümlülükle borçlu olunan bir şeyi elde etme arzusu da, haksız bir savaş nedeni oluşturur. Bu ilke de kabul edilmelidir. Bir kişinin katı adalet açısından bir yükümlülük olmayan, ancak cömertlik, minnettarlık, acıma veya hayırseverlik gibi başka bir erdemden kaynaklanan bir borcu varsa, bu borç mahkemede olduğu gibi silahlı güçle de tahsil edilemez. Her iki usul için de, ahlâkî bir nedenden ötürü yapılan talebin karşılanması yeterli değildir, buna ek olarak bunu uygulamak için bazı haklara sahip olmamız gerekir. Bu hak, diğer erdemlerden kaynaklanan yükümlülükler söz konusu olduğunda bile bazen ilahi ve beşeri yasalar tarafından verilir; ve bu olduğunda, adaletle ilgili yeni bir borçluluk nedeni ortaya çıkar. Bu eksik olduğunda, Roma'nın nankörlük suçlamasıyla Kıbrıs Kralı'na karşı açtığı savaşta olduğu gibi, bu tür gerekçelerle girişilen bir savaş adaletsizdir. Bir iyilik yapan kişinin minnettarlık talep etmeye hakkı yoktur; aksi takdirde ortada bir iyilik değil, bir sözleşme olurdu<sup>20</sup>.

Bu doğal hukukçu düşünceler dikkate alındığında, insanların bir arada yaşayabilmesi için *zaruri* olan davranışlar sadece ahlâkî ödevler olmayıp, hukukun da düzenleme konusunu oluştururlar; dolayısıyla bunlar salt kişilerin vicdanlarına emanet edilemez; dışsal bir cebir tehdidinde de bel bağlanarak güvence çeperi içerisinde alınmaları icap eder. Bu ödevler, en geniş anlamda saldırgan olmamak ve kimseye zarar vermemek ödevinde içerilir. Birlikte yaşayış için faydalı ve başkasına iyilik yapmayı içeren davranışlar ise ahlâkın alanı içerisinde kalmakla birlikte, bunların hukuk nezdinde tanınması konusunda Grotius'un satırlarından belirgin bir düşünce çıkarsayabilmek güçtür; en azından bunların hukuken mutlak bir biçimde tanınmalarının zaruri olarak değerlendirildiğine varamayız. Zaruri olanları tam ödev, faydalı olanları ise eksik ödev biçiminde zihnen kodlamış görünür

<sup>19</sup> GROTIUS, Hugo, **The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and Nations**, Trans. A. C. Campbell, M. Walter Dunne Publication, New York & London, 1901, s. 272-273 [II, 22, xvi].

<sup>20</sup> GROTIUS, Hugo; **The Rights of War and Peace: Book II**, Ed. Jean Barbeyrac, Rev. by Richard Tuck, Gen. Ed. Knut Haakonsen, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2005, s. 1112-1113. [Ch. XXII, §16]; Alternatif tercüme olarak bkz. GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 202.



Grotius. Ve tüm bunları, çatışma durumlarında hangisinin öncelikli addedileceğini göstermek adına çeşitli kategorilere ayırır. Örneğin;

Adaletsizlik, bir *başkasına verilen zarar* ne kadar ağırsa, o kadar büyüktür. Bu nedenle, ciddiyet sırasına göre, ilk sırayı fiilen işlenen suçlar; sonraki sırayı ise belirli eylemlere geçilmiş ancak nihai eylemin yapılamadığı [teşebbüsler] alır. Sonuncu durumlarda eylemler ne kadar ilerlemişse o kadar ciddiyet oluşur. Her iki suç türünde de kamu düzenini bozan ve bu nedenle en fazla sayıda kişiye zarar veren adaletsizlik biçimi öne çıkmaktadır. Daha sonra, önem sırasına göre, bireyleri etkileyen adaletsizlik gelir. Burada en büyük adaletsizlik insan yaşamını etkileyen adaletsizliktir; bir sonraki adaletsizlik, temeli evlilik olan aileyi etkileyen adaletsizliktir; ve sonuncusu da, ya doğrudan ellerinden alarak ya da kötü niyetle kayıplara yol açarak, arzu edilen nesnelere ayrı ayrı etkileyen adaletsizliktir<sup>21</sup>. (v.e.)

Başka bir kimseyi ya da genel olarak toplumu ilgilendirmeyen eylemler konusunda esas yargılayıcının Tanrı olduğunu, bunların yargılanıp cezalandırılmasının gereksiz olduğunu söylerken, adaletin negatif, yani zarar ya da saldırı durumuna dair bir kavram olduğu yönündeki görüşünü farklı bir açıdan yinelemiştir<sup>22</sup>.

Grotius'un yoğun etkisi altındaki bir diğer doğal hukukçu filozof Samuel von Pufendorf (1632-1694), eserlerinde, Grotius'un yaptığı, doğal hukukun gerektirdiği tam/eksik ödevler ayırımına ve buna mukabil tam/eksik haklar kavrayışına daha detaylı açıklamalar getirmeye çalışır. Bir yerde, tam ve eksik ödev ayırımını iki temel üzerinde kurar. *İyilikseverlik ve insanîyet* temeli üzerinde kurulu olan eksik (*imperfect*) ödevler ve buna bağlı ortaya çıkan eksik haklardır; Tam (*perfect*) ödevler ve buna mukabil tam haklar ise bir *sözleşme* temelinden ortaya çıkar:

Bir kimseye bir şeyin, ya salt doğa yasası temelinde, ancak onun bu konuda tam bir hakka [*perfect right*] sahip olmadığı bir şekilde, insanlık, hayırseverlik ve minnettarlık görevleri gibi; ya da bir anlaşma [*pact*] temelinde, bu ya özel bir anlaşma ya da medeni yasaların ikinci bir kişiye sağlamamızı istediği şeyi sağlamak için kendimizi bağladığımız medeni yasalara karşı yükümlülüğümüzde yer alan bir şey olduğu gözlemlenmelidir. İkincisi bir kimseden esirgendiğinde bunun adı açıkça zarar vermedir; fakat ilki bir kimseden esirgendiğinde, bu doğal hukuka göre bir günah olsa bile zarar değildir<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> GROTIUS, **The Rights of War and Peace: Book II**, s. 1005-1006 [Ch. XX, §30].

<sup>22</sup> GROTIUS, **The Rights of War and Peace: Book II**, s. 1032 [Ch. XX, §45]; Karş. GROTIUS, **Savaş ve Barış Hukuku**, s. 179.

<sup>23</sup> PUFENDORF, Samuel, **Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence**, Trans. William Abbott Oldfather, [1931], revised & Ed. by Thomas Behme, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2009, s. 161 [I.XVII.VI].

Hak ya tam ya da eksiktir. Tam hakkı ihlal eden kişi, karşı tarafa zarar veren kişi olduğu için, zarar gören tarafından kendisine bir mahkemede dava açma gerekçesi veren bir yanlış yapmış olur. Dolayısıyla onun, bize borçlu olunan şeyi vermesi konusunda tam bir yükümlülüğü söz konusudur. Böylelikle, bu borcu gönüllü olarak ödemeyi reddettiği durumda, ya bir yargıç önünde ona karşı dava açarak ya da bunun için yer olmadığı durumlarda güç yoluyla onu zorlayabilir<sup>24</sup>.

İnsanlık nâmına talepte bulunmak doğrudur ve bu talepleri yerine getirmek de onur vericidir; ancak karşı taraf kendi rızasıyla bunları yerine getirmeyi ihmal ederse, onu ne kendim ne de bir üstüm tarafından zorla yerine getirmeye zorlayabilirim; yalnızca insanlık dışı davranışından, kabalığından ya da duyarsızlığından şikayet edebilirim. Ancak ve ancak tam bir vaat ya da anlaşmayla ödenmesi/verilmesi gereken şey yapılmadığında zorlamaya başvurabilirim. Bu nedenle, birincisi için ek-sik bir hakka (*jus imperfectum*), ikincisi içinse tam bir hakka (*jus perfectum*) sahip olduğumuz ve benzer şekilde, ilk durumda eksik yükümlü olduğumuz, ikincisinde ise tam yükümlü olduğumuz söylenir<sup>25</sup>.

Pufendorf, eksik yükümlülüklerin hukuken tanınma zaruretinin olmayışını, bunların toplumun “*daha iyi bir varoluşuna*” hizmet ettiğini, fakat tam yükümlülüklerin hukuken tanınması zaruretinin ardında tüm bunların toplumun “*salt varoluşuna*” hizmet etmeleri olduğunu dile getirir. Yani tam yükümlülükler aykırılıkların neticesi, nihayetinde, toplumun parçalanıp yokoluşuna varır; dolayısıyla bu kapsama hem hukuken hem de ahlâken koruma altına alınmaları gereken zaruretler girer. Eksik yükümlülükler aykırı eylemler ise toplumun varlığını tehlikeye atmasa da en fazla mevcut duruma kıyasen daha iyi bir toplumun oluşmasına ket vurur. Bu yüzden Pufendorf’a göre tam yükümlülükler birer öncelik gözüyle bakılması gerekir<sup>26</sup>. Ancak bu eksik yükümlülükler önem at-

<sup>24</sup> PUFENDORF, **Elements of Universal Jurisprudence**, s. 64 [I.VIII.II]. Ayrıca bkz. PUFENDORF, **a.e.**, s. 65 [I.VIII.V]. Bu pasajlar dışında Pufendorf’un diğer bir eserinde de benzer bir açıklamaya rastlamakta-yız: “Sonuç olarak, bazı şeylerin bize tam, bazılarının ise tam olmayan bir hak gereği ödenmesi gerekti-ği göz önünde bulundurulmalıdır. Birincisine göre bize ödenmesi gereken şey gönüllü olarak verilmedi-ğinde, doğal özgürlükten yararlananların bir başkasını bunu vermeye zorlamak için şiddete ve savaşa baş- vurma hakkı vardır ya da aynı devlet içinde yaşıyorsak, ona karşı hukuk davası açılabilir; ancak ikincisine göre ödenmesi gereken şey savaşa talep edilemez ya da yasa tehdidiyle zorla alınmaz.” *The Laws of Na- ture and Nations* I.VII.VII’den aktaran: SALAM, Abdallah, **Perfect and Imperfect Rights, Duties, and Obligations: From Hugo Grotius to Immanuel Kant** (D. Phil. Thesis), Merton College, t. y., s. 27. Açık Erişim: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:882da778-1126-4909-b38b-5ada51cc8e78/files/m83e4f5406c35d64ba181703829dbbd27>.

<sup>25</sup> PUFENDORF, Samuel, **The Whole Duty of Man According to the Law of Nature**, Trans. Andrew Tooke, Ed. Ian Hunter, David Saunders, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2003, s. 74; Türkçe çeviri metni için bkz. PUFENDORF, Samuel, **Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi**, Ed. James Tully, Çev. Reha Kuldaşlı, Timaş Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 102 [I.IX.IV] (çeviride “*imperfect/perfect*” terim-leri “kusurlu/kusursuz” olarak çevrilmiştir.) Ayrıca benzer bir pasaj olarak bkz. PUFENDORF, **a.e.**, I.VIII.VIII.

<sup>26</sup> PUFENDORF, **Elements of Universal Jurisprudence**, s. 172 [I.XVIII.XVII].

fetmediği anlamına gelmez. *Doğal Hukuka göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi* isimli eserinde “herkesin herkese karşı ödevleri” bahsinde üç doğal ödevi şöyle sıralar: Birincisi, “kimseye zarar verme”; İkincisi, “herkese kendi eşitin gibi muamele et, kimseyi küçümseme”; Üçüncüsü de “imkânın ölçüsünde herkese faydalı ol” şeklindedir<sup>27</sup>. Bu üç ödevin her birine bir bölüm açan Pufendorf, daha sonra “herkesin herkese ödevi” faslını kapayıp sözleşme taraflarının birbirlerine karşı ödevlerine geçer. Kimseye zarar vermemek ve herkese eşitin gibi muamele edip küçümsememek, kategorik ödevlerdir. Üçüncüsü ise şarta bağlıdır, imkânlar ölçüsünde iyilik yapmayı salık verir. Önerilir ama zorlama yoluyla insanlar iyilik yapmaya itilemez. Pufendorf insanların birbirine iyilik yapmasını toplumsal bağları kuvvetlendirdiği için *ahlâken iyi* olarak niteler ama bu ödevin mahkemelerin huzurunda çekişme yaratacak bir yasal hak ve ödev olarak düşünülmemeyeceğini vurgular.

Grotius’un tam ve eksik ödevler ayırımına dair bir başka yorum da G. W. Leibniz’den (1646-1716) gelir ve bu yorumunu doğrudan adalet kavramıyla bağlantılandırır. Adaletin üç hiyerarşik derecesi olduğundan bahseder ve bu dereceler sırasıyla birbirinden daha üstün ve mükemmel seviyeleri ifade eder. Şöyle ki:

Bunların ilkini, en alt ve en basit katmanını katı hukuk kuralları olarak (*ius strictum*) olarak ifade eder ve *Institutiones*’teki üçlemeden *neminem laedere* (kimseye zarar vermeme) *negatif* yükümlülüğü ile ilişkilendirir. Bu katı adalet kavrayışındaki maksat, barış ortamının sağlanmasıdır ve sürdürülmesidir<sup>28</sup>. Saldırı ve zarar olmaması, bu gibi durumlara karşı tepki gösterilmesidir. Zira saldırı ve zarar durumlarında kavga ve kargaşa çıkar, barış ve sükunet bozulur. Dolayısıyla bir nevi sükunet ilkesi olarak göreceğimiz adaletin bu katı anlamı, aynı zamanda devletin kişilerin malı ve canını koruma fonksiyonunu da ifade eder<sup>29</sup>. Katı hukuk, Leibniz’e göre, temelde bir savaş ve barış hukukudur. *Persona* (kişi) ile *Res* (şeyler/eşya) arasında sürekli bir savaş hukuku (*jus belli*) söz konusudur. Aslan insanı yiyebilir; insan da aslanı öldürebilir. Bir orman insanın yoluna çıkıp onun ilerlemesine engel olabilir ya da tersine insan o ormanı kesip ortadan kaldırabilir. Yani bu savaş ve birbirine galebe çalma dediğimiz olgu neticesinde, insanın doğaya hakimiyetini, işgal, sahiplenme ve mülkiyet dedi-

<sup>27</sup> Bir diğer eserinde Pufendorf “insanlar arasında adaleti”, takriben “Kimseye zarar verme” ve “Herkese hakkını ver” ilkeleriyle açıklar. PUFENDORF, *Elements of Universal Jurisprudence*, s. 142.

<sup>28</sup> LEIBNIZ, G. W., “Meditation on the Common Concept of Justice (1702-3)”, *Political Writings*, Trans. & Ed. by Patrick Riley, Cambridge University Press, New York, 1972, s. 45-64, s. 56.

<sup>29</sup> LEIBNIZ, “Meditation on the Common Concept of Justice”, s. 61.

ğimiz olguları görürüz. Savaş hukukuna göre henüz sahiplenilmemiş bir şey varsa, onun için herkes mücadele edebilir. Ama eğer sahiplenilmiş bir şey varsa, bu sefer ona dönük saldırılara karşı nefsi müdafaa hakkı, verilecek zarara karşı diyet ya da tazminat hakkı ortaya çıkar. Aldatma, hile, söze aykırılık gibi edimler de bir tür saldırdır ve karşılığını doğurur. Dolayısıyla bu durumda Aristoteles felsefesindeki *commutative* (değişimli/düzeltilici) adalet denilen adalet prensibi işlerlik arz eder<sup>30</sup>.

İkinci ve hiyerarşik olarak daha üst katman, Leibniz'in hak ve nisfet ya da hakkaniyet (*equite, equity*) olarak isimlendirdiği adalet katmanıdır. Bunu ise *Institutiones*'teki üçlemeden *suum cuique tribuere* (herkese hakkı/ait olanı ver) *pozitif* yükümlülüğü ile ilişkilendirir<sup>31</sup>. Burada kişi, ahlâkî edimleriyle diğerlerinin zararından kaçınmaktan ziyade, tersine, onların yararına etki eder, yani ilk katmandaki amaç olan barış ortamının bozulmaması için negatif/çekinik davranma (kimseye zarar vermeme) yüklerinden daha fazlası amaçlanır. Hakkaniyetin geniş anlamıyla merhamet ve yardımı da içeren bir ahlâkî boyutu söz konusudur. Leibniz hakkaniyeti açıklarken, Aristoteles'in temas ettiği gibi, katı adaletin katılığının ortadan kalktığı esnekleşme özelliğine vurgu yapar. Bu adalet kategorisi ile, Leibniz tarafından, katı kuralların esnediği ve ortak iyiye dönük bir ahlâkî kategori inşa edilir. Bu mentaliteye sahip oluş, bir ölçüde bilgelik<sup>32</sup> görüntüsü arz etmekle birlikte, herkesten bu bilgelik eşğine erişmesini ummak mümkün değildir. Fakat kendiliğinden aklî yordamla bu eşğe erişmekte güçlük çekenler, İsevilik'in "herkesi sevme"ye dönük öğretisiyle de esasında aynı çizgiye ulaşabilirler; yani adaletin bu ikinci seviyesi katı adaletin, merhamet ve sevgi ile yumuşadığı bir bilgelik seviyesi görünümü arz eder. Sadece katı hukukun (*ius strictum*) var olduğu bir toplum, sürekli olarak mütakâbil edimler ve çekişmeler ile dolu olur. Hakkaniyet ise zarara ve saldırıya karşı mücadelede, sonuna kadar gidip karşı tarafı yok etme noktasına varmaya engel olur, çünkü içinde sevgi ve merhamet unsuru taşır<sup>33</sup>. Bu katmanda, insanlar arasındaki farklılıklara dikkat edilmeyen katı hukuk ya da Aristotelesçi denkleştirir-

<sup>30</sup> CAIRNS, Huntington, "Leibniz's Theory of Law", *Harvard Law Review*, Vol. 60, No. 2, December-1946, s. 200-232, s. 219-220.

<sup>31</sup> Bkz. LEIBNIZ, "Meditation on the Common Concept of Justice", s. 56, 60.

<sup>32</sup> Leibniz, erdemi bilgece davranma olarak tanımlar ve tüm erdemlerin üzerinde betimlediği adalet erdemi "caritas sapientis", yani "bilge insanın hayırseverliği" olarak ifade eder. (LEIBNIZ, G. W., "Codex Iuris Gentium (Praefatio) (1693)", *Political Writings*, Trans. & Ed. by Patrick Riley, Cambridge University Press, New York, 1972, s. 165-176, s. 171) Bu basit bir hayırseverlik değildir, bilgece hayırseverliktir. Tanrı'nın mutlak adaleti karşısında muhakkak sınırlı bir adalettir, fakat içinde bilgece bir hayırseverliği de barındırır.

<sup>33</sup> CAIRNS, s. 220.

ci adaletin, dağıtıcı adalet ve hakkaniyetle yumuşatıldığını görürüz. Herkese hakkı olanı vermek, statüler eliyle dağıtılsa dağıtıcı, somut ve tekil olaya öz-gülenirse kelimenin tam manasıyla hakkaniyetle muamele ortaya çıkar. Yani Leibniz'in nazarında, bizim bugün ayırdığımız bu iki kavram (dağıtıcı adalet ve hakkaniyet) bu katmanda bileşik bir görünüm arz eder.

Üçüncü ve en yüksek adalet katmanı ise, Leibniz'e göre, dini akaide bağlılık ya da adanmışlıktır (*piety*). Bunu da *Institutiones*'teki *honeste vivere (onurlu/doğru yaşa)* ile ilişkilendirir. Dindarlık, Tanrıyı sevmek ve her şeyin aslında O'na ait olduğu inancına bağlı olmaktadır<sup>34</sup>. Bu bağlılık olduğu müddetçe, Tanrı'nın mükemmel, insanınsa eksik olduğuna kâni olunur ve diğer tüm doğal hukuk ilkeleri mümkün ve yaşanılabilir hale gelir.

Bir Leibniz yorumcusu Cairns, bu üç katmanı şu şekilde açıklar ve yorumlar; birincisi devlet eliyle yaratılan hukuku, ikincisi insaniliğin hukukunu, üçüncüsü ise Tanrı'nın ve evrensel birliğin hukukunu ifade eder. Takip eden her derece daha mükemmeli içerir ve çatışma durumunda önceki basamağı etkisiz hale getirir<sup>35</sup>. Leibniz ise *Codex Iuris Gentium* başlıklı yazısında, katı hukuk ve hakkaniyetin, sırasıyla Grotius'un tam ve eksik haklar/yükümlülükler arasındaki ayrımına karşılık geldiğini dile getirir<sup>36</sup>.

### C. Prospektif: Adam Smith Sonrası Kıta'dan ve Ada'dan Birer Örnek Olarak J. S. Mill'de ve A. Schopenhauer'de Negatif Adalet Kavramının Görünümü

Sistemik iyimserliğin ünlü filozofu Leibniz'in en büyük eleştirilenlerinden biri olan pesimist Arthur Schopenhauer'in (1788-1860) *Über das Mitleid (Merhamet Üzerine)* başlıklı eserinin adalet erdemine ilişkin kısmında da negatif adalet kavramının bilişsel ve psikolojik öğeler barındıran farklı bir yorumuyla karşılaşmaktayız.

Schopenhauer, "*Neminem laede; imo omnes, quantum potes, juva.*" (Kimseye zarar verme; elinden geldiğince herkese yardım elini uzat.) maksimini birbirinden ayrı iki parçada açıklar. İlk kısma (*neminem laede*) "adalet" der; ikincisine ise (*imo omnes...*) "ahlâk". İlkini "yasa" kavramıyla ilişkilendirir, ikincisini ise "sevgi" ile... Hatta Kant'ın ahlâk yasası kavrayışını, bu ikisini birbirine karıştırdığı ve ikincisini de yasa ("ahlâk yasası") olarak tanımladığı

<sup>34</sup> LEIBNIZ, "Meditation on the Common Concept of Justice", s. 63.

<sup>35</sup> CAIRNS, s. 219.

<sup>36</sup> LEIBNIZ, "Codex Iuris Gentium (Praefatio) (1693)", s. 171-2.

için eleştirir<sup>37</sup>. Dolayısıyla “adalet, asgari ahlaktır” fikrinin bir başka ifadesini dillendirir ve merhametin birinci seviyesinin *neminem laedere* olduğunu zikreder. “Kimseye zarar verme” kavrayışı gelişmedikçe, Schopenhauer’e göre, ikincisinin gelişebilmesi zaten mümkün değildir. Dolayısıyla adaletin birincil adımı, bir kişinin malına, mülküne, sahip olduklarına ve kendine saldırmamak, ona ruhsal ve bedensel acılar yaşatmamaktan geçer. Bunlar yapıldığında kozmolojik denge sarsılmış ya da bozulmuş olur<sup>38</sup>.

[A]daletsizlik ve haksızlık daima birinin bir başkasını yaralamasıyla olur. Bu sebeple de haksızlık kavramı hak kavramından daha güçlü, daha müspettir [*pozitif*]. Menfi [*negatif*] olan ise haksızlığın olmadığı durumdur<sup>39</sup>. [*köşeli parantezler sonradan eklenmiştir*]

Hakkın menfi, haksızlığın ise müspet olduğu gerçeği, felsefede hak öğretisinin babası olan Hugo Grotius’un yapıtının girişinde de belirtilmektedir: “Hakkın buradaki anlamı adaletten başka bir şey değildir. Anlam olarak hak, onaylamadan çok ret taraftarıdır. Bu açıdan bakarsak, hak, haksız olmayandır. (Grotius, *De jure belli et pacis*, I, I, 3) Adaletin menfi olduğu gerçeği, gündelik basit sözlerde bile kendini gösterir: “Herkes kendisine ait olanı ver.” Yani bir şeyin sahibi zaten belliyse, bu şeyi o kişiye vermeye [zaten] gerek yoktur: “Kimsenin sahip olduğu şeyi kendisinden almayın [yeter]”. Adaletin talebi oldukça menfi [*negatif*] olduğu için kendisini zorla yerine getirmek zorundadır. Çünkü *neminem laede* herkes tarafından bir arada tecrübe edilir. İnsanları bunlara zorlayabilecek olan zorunluluklar kurumu diye adlandırabileceğimiz yapı ise devlettir. Devletin yegâne ödevi, bireylerin birbirlerinden; toplumuysa düşmanlardan korumaktır. Bu satılık yüzyılın birkaç sözümona filozofu devletin ödevini değiştirmeye, devleti bir ahlâk okuluna, bir ahlâk inşa ku-

<sup>37</sup> SCHOPENHAUER, Arthur, **Merhamet**, Çev. Zekâi Kocatürk, 2. Baskı, Dergah Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 79.

<sup>38</sup> *Merhamet* isimli eserdeki görüşlere benzer olarak: “Her kim ki hak kavramının müspet olması gerektiği yolundaki peşin kanaatten hareket eder ve onu tanımlamaya girişirse bir sonuca varamaz; çünkü o bir gölgeyi kavramaya çalışmakta, bir hayaleti takip etmekte ve var olmayan bir şeyi aramaktadır. Tıpkı özgürlük kavramı gibi hak kavramı da menfidir; muhtevası safi olumsuzlamadır (nefyidir). Haksızlık kavramı ve en geniş anlamda zarar vermeye ve dolayısıyla *laesio*’ya denktir. İmdi böyle bir zarar bir kimsenin ya şahsını, malını mülkünü ya da şeref ve haysiyetini etkileyebilir. Bu yüzden insan haklarını tanımlamak kolaydır; herkes kimseye zarar vermeyen şeyi yapma hakkına sahiptir.” SCHOPENHAUER, Arthur, **Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine**, Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Baskı, Say Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 84.

<sup>39</sup> SCHOPENHAUER, **Merhamet**, s. 84. Adaleti adaletsizlik yoluyla kavrayabiliriz biçiminde özetleyebileceğimiz bu tez, diğer bir ifadeyle kavramları olumsuzu üzerinde kavrama anlayışı, Schopenhauer’in insan psikolojisi ve zihnine dair genel bakış açısının bir hususi örneği olarak da değerlendirilebilir. Örneğin aynı eserin bir başka yerinde empati kavramını irdelerken, bir J. J. Rousseau alıntısıyla, hiç kimsenin bir başkasının iyi ve mutlu durumuna kendini koyamayacağı, ancak ve ancak bir başkasının kötü durumunun içine kendisini koyabileceği biçiminde düşüncelerini paylaşır. Kısacası insan bilişi ve zihni, olumsuzlukları kavrama üzerine kuruludur; kavramların ontolojik zeminini olumsuz karşılıkları türetir. Biz adaleti kendi başına kavrayamayız. Onu ancak adaletsizlik durumları aracılığıyla kavrayabiliriz. Bkz. SCHOPENHAUER, **Merhamet**, s. 76.

rumuna çevirmeyi amaçlamaktadır. Fakat bunun arka planında bir Hristiyan misyonerliği yatmaktadır. Amaç, insanların bireysel gelişimlerini tek bir şekle sokmaktır. Devlet, bu anlamda Çin'dekine benzer bir din ve hukuk makinesine; insanlar bu devletin bir çarkı haline getirilmeye çalışılmaktadır. Fakat engizisyon mahkemelerinde gerçekleşen ölümlerin böyle bir yasa gereği ortaya çıktığını unutmamak gerekir<sup>40</sup>.

Schopenhauer'in bu duru pasajında adaletin negatif (menfi) anlamına yaptığı vurgu, yanı başında, hukuki ahlâkçılığa (*legal moralism*) karşı bir itirazı da ortaya çıkarmıştır. Aynı zamandan klasik liberallerin yaptığına benzer biçimde devlete sınırlar çizer. Devletin ödevi, bir kimsenin bir başkasına zarar vermesine (haksızlık yapmamasını) engel olmaktır. Adil ya da hakça bir düzenin sıfırdan inşası değildir. Bu anlamda negatif anlamla donatılı adaleti hedeflemiş bir düzen olarak hukuk reaktif, ahlâk ise proaktiftir. Yine Schopenhauer'in ifadeleriyle:

Hukuk öğretisi, aslında bir bakıma da ahlâkî bir öğretiler. Çünkü bu öğreti, birilerinin yaralanmamasını sağladığı kadar onların haksızlığa uğramamasını da sağlar. Ahlâk, bu şekilde etken tarafını ortaya koyar. Kanun koyucular ise ahlâkın bu tarafını edilgen taraf olarak düşünürler. Onlar, davranışları sadece izler ve bir haksızlığın ortaya çıkmaması için önceden önlem almaya çalışmazlar. Kanunları, insanları koruyabilmek amacıyla devlet koyar. Devletin amacı kimsenin haksızlığa uğramamasıdır. Ahlâkın hak konusuna bakışı ise farklıdır. Ahlâk, haksızlık henüz ortaya çıkmadan da etkindir. Ahlâka göre, haksızlığın fiiliyata geçmesi dahi yanlıştır<sup>41</sup>.

Felsefe tarihinden belki başka pek çok yorum örneği tespit edilebilir, fakat biz bir makale ölçülerini zorlamamak adına, Grotian tam/eksik ödevler ayrımı ile negatif adalet ilişkisini kuran bir örnek daha seçip değerlendirme kısmına geçeceğiz. Bu örnek, Grotius'un ödevler yaklaşımından etkilendiği ciddi manada sezilebilen, fakat ona kendince bir yorum getiren İngiliz liberal filozof J. S. Mill'dir (1806-1873).

Mill, kendinden önce pek çok yorum getirilen tam ve eksik ödevler ayrımını kabul ederek sürdürür, fakat birincisini ismini andığımız filozofların yaptığı gibi neredeyse aynen kabul ederken, ikincisini revize eder. Daha önceden eksik ödevler içerisinde gördüğümüz bazı unsurları Mill, kendi ayrımında, "ödev" olmaktan çıkararak, "takdir edilesi davranışlar" biçiminde telakki edebileceğimiz ayrı bir kategori içerisinde toplar. Kendi deyimiyile;

<sup>40</sup> SCHOPENHAUER, *Merhamet*, s. 84-85.

<sup>41</sup> SCHOPENHAUER, *Merhamet*, s. 87.

Tam yükümlülükten kaynaklı ödevler, bazı kişi ve kişilere ait bağıntılı (*correlati-ve*) haklar vasıtasıyla [vücut bulan] ödevdirler. Eksik yükümlülük ödevleri ise her hangi bir hakkı vücuda getirmeyen ahlâkî yükümlülükleri oluşturur<sup>42</sup>.

Tam ödevler (*perfect duties*), Mill'e göre, doğrudan adalet kavramı ile bağıntılıdır. Birinin hakkının ihlal edilmesi ve ona zarar verilmesi biçiminde vuku bulan bu yanlışlar, o kişinin adalete olan inancını sarstığı gibi, bunların bilinir olması toplumdaki adalet hissine de zarar verir. İkincil ödevler ise Mill'in deyiimiyle adalet kavramı içerisinde değerlendirilemeyecek bir ödevler kategorisi oluştururlar (*non-justice obligations*) ve başkalarının zarar görmesini önlemeye yardımcı olacak faaliyet alanını içerirler. Tam ödevlere mukabil oluşan tam hakların ihlali, somut olarak belli bir kişinin ya da kişilerin haklarına saldırıdır ve doğrudan somut zararlar oluşturur. İkincil ödevlerin yerine getirilmemesi de, tıpkı birincil ödevlerin ihlali gibi toplumsal açıdan hoşnutsuzluğa sebep olur, ancak buradaki zarar doğrudan değil dolaylıdır. Mill, ikincil ödevlere, mahkemelerde tanıklık yapmak, milli savunmaya kendi payını ölçüde katkıda bulunmak ve imkan dahilinde ise bir başkasının hayatını kurtarmak gibi ödevleri örnek gösterir. Hem birincil hem de ikincil ödevlerin yerine getirilmesi, toplumun cebri gücü ve hukuk eliyle, yaptırımlar yoluyla, birey üzerinde baskı kurularak sağlanabilir. Fakat *Good Samaritan*<sup>43</sup> (karşılıksız iyilik içeren) davranışlar olarak da isimlendirilen hayırseverlik edimleri bu türden ödevlerden olmayıp, ne birincil ne de ikincil kategoriye dahildir. Hayırseverlik edimleri toplum nezdinde takdir görür; ancak bunlar gerçekleştirilmezse, kişiler baskı altına alınmaz ve yaptırımlarla muhatap edilemez. Çünkü bu tip hayırseverlik edimleri kişisel vicdan ile ilişkili olup tamamıyla ahlâkî edimlerdir; başkalarına zarar meydana getirmedikleri için hukukun zorlama sahasına girmezler<sup>44</sup>.

### III. NEGATİF ADALET KAVRAYIŞININ LİBERAL TAKİPÇİLERİ VE AÇILIMLARI

J. S. Mill'in tam/eksik ödevler ayrımı ile adalet kavramı arasında kurduğu ilişki Schopenhauer'inki gibi bilişsel-psikolojik unsurlar değil, politik bir unsur

<sup>42</sup> MILL, John Stuart, "Utilitarianism (1861)", *Essays on Ethics, Religion and Society*, Collected Works: Vol. 10, Ed. J. M. Robson, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, Canada, 1969, s. 203-260, s. 247 [ch. V, par. 15; Karş. MILL, John Stuart, *Faydacılık*, Çev. Şahap Nazmi Coşkunlar, Milli Eğitim Yayınları, Ankara, 1946, s. 84.

<sup>43</sup> Özellikle yabancı ahlak felsefesi literatüründe karşılıksız iyilik içeren ahlaki davranışları nitelerken, İncil'deki (Luka 10: 25-37) İyi Samiriyeli kıssasından esinle "Good Samaritan" ifadeleri çokça kullanılmaktadır.

<sup>44</sup> MILL, "Utilitarianism", s. 256 [ch. V, par. 34]; Karş. MILL, *Faydacılık*, s. 104. Aksi yönde, hayırseverlik edimlerini de birer ikincil ödev olarak yorumlayan bir çalışma olarak bkz. LYONS, David, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994, s. 103.



taşımaktadır. Mill aslında bunları yazarken, dolaylı olarak, Adam Smith'in de daha önceden alâkadar olduğu, yoksullara yardım meselesi ile ilgili, İngiltere'de dönen uzun soluklu tartışmalara bir biçimde yorum getirmiştir. *Yoksul Yasaları* üzerine tartışmalar, belki yukarıda adını andığımız doğal hukukçu filozofların hepsinin temas etmek gibi bir gayelerinin olmadığı, fakat özellikle İngiltere merkezli beliren önemli bir tartışma olup, liberal felsefenin kemikleştiği 18 ve 19. yy.'ları ciddi biçimde domine etmiştir<sup>45</sup>. Bu tartışmalarda dönen başlıca sorular şunlardır: Devlet, kurumsal gücünün bir kısmını zorda olana yardım etmeye vakfetmeli midir? Ya da olanakları görece iyi olan toplumsal kesimleri, bu doğrultuda, dezavantajlı olan kesimlere yardım etmeye zorlayabilir mi<sup>46</sup>; Yoksa devletin amacı -yardım değil- sadece düzenin korunması ve adalet midir? Bu tartışmaya katılım örneklerini negatif adalet anlayışı bağlamında arttırabiliriz. Örneğin bu konunun en önde gelen tartışmacısı Herbert Spencer, aile etiği ile devlet etiği ayrımı yaparak, ilkinin temelini paternalizme, altruizme ve cömertliğe dayandırırken, ikincisinin temelini adalete dayandırır. İlkinin tersine ikincisi, karşılıklılığa dayanan (*reciprocal*) bir doğaya sahiptir. Dolayısıyla diğer klasik liberaller gibi Spencer'in adalet anlayışı da negatiftir, esas itibarıyla bireylere diğerlerinin haklarını ihlâlden kaçınma yükümlülükleri yükler ve devlete de bu minvalde caydırıcılık, koruyuculuk ve cezalandırıcılık görevi atfeder<sup>47</sup>. Ama devletin görevi bunun dışına çıkamaz. Onun görevi ve fonksiyonu yardım değildir. Yani aslında negatif adalet kavrayışı, bir bakıma, dağıtıcı adalet ve onun çağdaş bir formu olan sosyal adalete dönük bir itiraz biçimini almıştır. Çünkü dağıtıcı adalet, pek çok *laissez faire* liberalinin “doğal” olduğunu düşündüğü toplumsal eşitsizliklerin devlet eliyle (“yapay” biçimde) giderilmesi nosyonunu içermesi itibarıyla, devlete proaktif ve pozitif edimsel bir rol yük-

<sup>45</sup> Bu konuda önemli bir çalışma: GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

<sup>46</sup> Bu sorulara ilişkin bolca örnek verilebilir; ancak henüz hafızamızda canlı bir örnek olarak, 7409 (md.4) ve 7456 (md.23) sayılı kanunlar vasıtasıyla Borçlar Kanununa eklenen (Geçici Madde 1 ve 2) konut kiralarının yıllık artışlarına getirilen %25 yasal üst sınır benzer tartışmaları tetiklemiştir. Toplamda yaklaşık iki yıl süren ve 01/07/2024 itibarıyla sonlanan bu uygulamaya, barınma ihtiyacının giderilmesinde sosyal devletin salt zor gücünü devreye sokmak dışında hiç bir şey yapmadığı, konut ve barınma hakkı konusundaki kendi pozitif edimsel yüklerini neredeyse bütünüyle konut sahiplerine yüklediği ve bunun çalışan ücretleri artışı ve enflasyonist piyasa koşulları dikkate alındığında konut sahipleri ile kiracılar arasındaki adil dengeyi sarstığı, netice olarak da konut sahiplerini kiracılara yardım etmeye zorlamak dışında hiçbir anlam ifade etmediği gibi eleştiriler yöneltilmiştir. Bu ve farklı açılardan konuyu tartışan detaylı bir çalışma olarak bkz. DEMİR, Hande Seher, “Konut Kira Bedeli Artışında Belirlenen Yasal Üst Sınırın Anayasal Hak ve İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 73, S. 1, 2024, s. 621-669.

<sup>47</sup> YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 6. Baskı, Liberte Yayınevi, Ankara, 2011, s. 106-107.

ler<sup>48</sup>. Devlet, burada mevcut olandan hep daha iyi bir düzeni (kozmolojik adalet) tesis etme görevini üstlenerek, adil bir düzenin yaratıcısı olarak çalışır ve sürekli her şeye müdahale eder.

Oysa negatif adalet kavramındaki “negatif” terimi ise, tıpkı negatif özgürlük kavramındaki gibi bir tür çekinikliği ya da proaktif olmamayı, zarar koşullu reaktif olmayı imler. Bu, adil bir dünya tasarlayıp buna göre faaliyetlerde bulunmanın tam tersi demektir. Dolayısıyla negatif adalet, “adil” bir düzeni meydana getirmek yerine, adalete aykırı durumların meydana geldiğine dönük şikayetler söz konusu *olduğunda* reaksiyon gösterip meseleyle ilgilenecek bozulan durumun düzeltilmesini ifade eder. Dolayısıyla herhangi bir şikayet ya da talep yokken, bir hükümetin, *re’sen* toplumsal adaleti sağlamak adına icraatlarda bulunma girişimleri, negatif adalet kavramına tezatlıklar barındırır.

Negatif adalet kavrayışı, klasik liberalizmin iki esaslı öğretisi olan, İskoç aydınlanmasının kendiliğinden düzen (*spontaneous order*) fikriyle de, John Locke felsefesindeki hükümetin oluşum tezleriyle de belli ölçüde uyum arz eder. Bilindiği üzere, Locke, hükümet ve yargının, birilerinin diğer insanlar için iyi ve adil bir yaşam oluşturma iddiasıyla oluşturulmadığını, doğa durumundaki insanların arasında ortaya çıkan husumetlerin, sürekli karşılık vermeler, misillemeler yoluyla giderilemezliğinden ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Bu sorunu, yargılama ve cezalandırma yetkilerinin taraflar dışında bir üstün varlığa devretmekle çözüme kavuştururken, devlete ve hukuka bir *neden* de sunmuş olur. Yani yargısal faaliyet ve hukukun adaleti, doğası gereği pozitif edimsel değil, negatif edimseldir; öznelerin doğal ilişkilerine her daim karışmaz; “iyi”yi inşa etmeye yönelik değil, “kötü”ye karşı reaktif, tepkisel ve yanıt vericidir. Keza toplumsal düzenin kendi kendini dengeye aldığı yönünde optimist bir düzen tasarımı sunan Adam Smith de adaleti “negatif” bir erdem olarak nitelerken, onun insanlar için yararlı olan bir durumu oluşturmakla ilgili değil, zararlı olandan kaçınmak veya ortadan kaldırmakla ilgili bir erdem olduğunu belirtir. Dolayısıyla negatif adalet kavrayışında, “cebri hukukun uygulanması geçmiş bir adaletsizliği telafi etmek veya düzeltmek ödeviyle” sınırlı olup<sup>49</sup>, “esasen bir kimse sırf hareketsiz kalmak suretiyle bile adil davranabilir<sup>50</sup>.”

<sup>48</sup> TOPUZKANAMIŞ, Engin, “Yeniden Paylaşım, Vergilendirme ve Adalet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2012, s. 103-131, s. 113.

<sup>49</sup> Liberteryen filozof Robert Nozick’in yetkisel adalet kuramı ve onun “düzeltme ilkesi” de pekâla bu minvalde değerlendirilebilir. O ve onun gibi düşününlerin liberal düşünceden sapma örnekleri olarak değerlendirildikleri başta John Rawls’un eşitlikçi liberalizmi ve kısmen Ronald Dworkin’in ada faraziyesi üzerinden kurguladığı dağıtıcı adalet kuramı, başlangıç tahsisatları (*initial allocations*) ve yeniden dağıtımları (dolayısıyla da pozitif edimsel müdahaleleri) devreye soktukları için negatif adalet kavrayışından

Smith ve Locke üzerinden belirgin bir biçimde fark edilebilen bu temelleri takip eden sonraki liberal düşünürler de adalet kavramına bu negatif anlamı yüklemeyi ve açılımlarını genişletmeyi sürdürmüşlerdir. Bazı liberal yazarlar bu bakış açısı doğrultusunda yasama faaliyetinin pozitif edimsel (diğer bir tabirle “müdahaleci”) karakteri ile hukukun (ya da onla ilişkili tutulan adaletin) negatif (reaktif, tepkisel) karakterini karşı karşıya koyarlar. Örneğin Bruno Leoni, yasama faaliyetinin pozitif anlamda müdahaleci doğasıyla hukukun “negatif” hareket tarzını birbirinin karşıtı olarak konumlandırır. Liberalizmin bilindik “devleti sınırlama” yönünde gelişmiş siyasal *telos*'unun hukukun üretilme biçimine dair boyutu itibariyle “sınırlı yasama” kavramını bu anlayış üzerinden izah eder. Meâlen şunu der: Yasama faaliyetiyle ortaya çıkarılmış bir hukuki düzen doğası gereği planlamacı ve müdahalecidir. Modern yasama faaliyetiyle bir arada düşünülme hatasına<sup>51</sup> düşülen hukuk ise, esasında, doğası itibariyle kimseye durduk yere karışmaz, talep ve şikayet üzerine harekete geçer ve önüne konan durumları inceler. Ayrıca hukuk, esas olarak bir uyumsuzluğun taraflarını ilgilendirir ve bağlarken, yasama faaliyeti çok geniş bir insan kitlesinin durumunu aynı anda etkiler. Dolayısıyla Leoni'ye göre yasama faaliyetine bağlı kılınmış bir hukuk düzeni, bireysel özgürlükler açısından daima müdahalecidir.<sup>52</sup>

Leoni ile benzer bir bakış açısına sahip Friedrich Hayek de, hukuk ve hukukun adaletine yüklenen bu Smithyen negatif anlama sahip çıkmayı sürdürür. Hukuku o da yasama faaliyetiyle özdeşleştirmez ve onun -spontan biçimde- insanların karşılıklı doğal ilişkilerinden zuhur eden kaynaklarını ön plana çıkarır. Hukukun bu doğal ve kendiliğinden gelişen kaynak alanı karşısında teşrii hukuku ise “yapay” bir hukuk üretme biçimi olarak değerlendirir. Hayek'in *thesis* ile kavramsallaştırdığı yasama faaliyetiyle oluşturulmuş teşrii hukuk ile *nomos* olarak adlandırdığı toplumda kendiliğinden gelişen hukuk arasında yaptığı ayırım bu açıdan önemlidir. Onun idare hukuku gibi birkaç sınırlı alanla

---

görece uzak adalet teorileri görünümü arz etmektedirler. Bu konular ile ilgili bkz. SAĞLAM, Rabia, “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick: ‘Hakkaniyet Olarak Adalet’ Eleştirisinden ‘Yetkisel Adalet’ Eleştirisine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 181-217; YÜKSELBABA, Ülker, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 139 vd.

<sup>50</sup> BARRY, Norman P., *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, 3. Baskı, Liberte Yayınevi, Ankara, 2012, s. 243.

<sup>51</sup> Leoni, tıpkı Hayek'teki gibi bu hukuk algısını bir hata olarak ifade eder. Onlara göre hukuk, salt yasama aktivitesiyle oluşmuş bir normatif düzen değildir. Toplumsal alanda kendiliğinden gelişmiş örf ve adet kuralları ve *jurisprudencia* (yargısal sağgörü) yani yargı organlarında geliştirilmiş formüller, yargısal temüller ve kural koymalar, hukukun en önemli kaynaklarını teşkil eder. Bu açıdan söz konusu iki klasik liberal filozof oldukça benzer fikirler dile getirmişlerdir.

<sup>52</sup> LEONI, Bruno, *Özgürlük ve Hukuk*, Çev. Mustafa Erdoğan, Hukuk Yayınevi, Ankara, 2020, s. 27-36.

ilişkili gördüğü *thesis* tarzındaki normlar, bir emir komuta sistemi içindeki emir iletileri gibidir. Bu açıdan Hayek'in *emir (command)* ile *yasa (law)* arasında yaptığı ayırım da hukuk kurallarının negatif karakterini göstermek açısından önemlidir. *Yasa*, çizdiği sınırlar içerisinde bireylere irade ve hareket serbestisi tanıyıp, her daim değil *gerektiğinde* müdahale ederken; *emir*, çok daha net ve sert bir şekilde böyle bir serbesti alanı bırakmadan, her an ve koşulda direktifini sürdürür<sup>53</sup>.

Son bir liberal düşünür ile birlikte, negatif adalet kavrayışının reaktif (müdahaleci olmayan) hukuk fikrini nasıl beslediğini örneklendirerek, bu kavrayışın açılımlarına yeterince değinmiş olacağımızı tahmin ediyorum. Ronald Coase'nin literatürde *Coase Teoremi* olarak adlandırılan bakış açısı bu konuda iyi bir örnektir<sup>54</sup>. Sosyal maliyetlerin minimize edilmesi uğraşısıyla ilgili olan Coase, iktisadi eylemlerin doğrudan etkileri değil yan etkileri üzerinden bu meseleye bir yanıt arar. Teoremi, bir diş hekiminin muayenehanesinde çalışması sırasında, alt katındaki bir tekstil atölyesinin yüksek gürültüsünden<sup>55</sup> dolayı rahatsızlık duyması üzerine başlatılmış ve yaşanmış bir hukuk davası üzerine kuruludur<sup>56</sup>. Ancak örnekleri, bu örneklem üzerinden çeşitlendirebilmek mümkündür: bir çimento fabrikasının ya da inşaatın bulunduğu muhitteki komşu binalar için toz kaynağı oluşturmaması, bir okulun yan binalar açısından çocuk gürültüsü kaynağı olması ya da bir pide fırınının üst katındaki konut için yüksek ısı kaynağı ya da yemek kokusu kaynağı oluşturmaması vs... Soru: tüm bu hallerde, nasıl bir zarar söz konusudur? Sorumluları kimlerdir? Husumetlerin, toplumsal maliyeti en düşük olacak şekilde çözümü ne olabilir? Coase'ye göre, bu olumsuz yan etkilerin ya da negatif dışsallıkların tek bir müsebbibi yoktur; tüm bunlar ve bunlardan doğan husumetler, birbirine uyumsuz bir şekilde hareket eden iktisadi aktörlerin karşılıklı eylemlerinden vücuda gelir. Çözüm ihtimalleri ise Coase'ye göre;

- (i) İlk ihtimal, regülasyon yani idari düzenleme; örneğin kural çıkararak ve denetleme memuru/ekibi istihdam ederek, gürültü/koku/toz denetimi yapmaktır ki, bu yol, denetim sistemi kurup işletmek adına kamusal kaynak gerektirir, vergi yükünü artırır ve toplumsal açıdan maliyetlidir.

<sup>53</sup> HAYEK, Friedrich August von, *Özgürlüğün Anayasası*, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, BigBang Yayınları, Ankara, 2013, s. 235-6.

<sup>54</sup> COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 56, No. 4, November-2013, s. 837-877.

<sup>55</sup> Yüksek gürültü, tekstil üretimi faaliyetinin, atölyeye komşu mukimler açısından, olumsuz yan etkisi, ya da iktisadi bir dille telaffuz edersek "negatif dışsallığı"dır (*negative externality*).

<sup>56</sup> *Sturges v Bridgman* (1879) LR 11 Ch D 852.

- (ii) İkinci ihtimal, bir iktisadi eylemin (ör. Tekstil/çimento üretimi) kazananından, elde ettiği artı değerın bir kısmını kesip, bununla kaybedenleri (ör. Gürültü/toz nedeniyle rahatsızlık yaşayan veya gelir kaybına uğrayanlar) sübvans etmek, ki bu da klasik vergilendirme yolu olup yine bir çeşit regülasyondur ve toplumsal maliyet içerir.
- (iii) Coase'nin ilk iki yola alternatif olarak toplumsal açıdan maliyeti en düşük yol olarak önerdiği ise serbest pazarlık (piyasa) yoludur. Burada toz/koku/gürültü yayanlar ile bundan olumsuz etkilenenler pazarlık masasına oturup orta yolu müzakere ederler; pazarlık yoluyla gerektiğinde iki taraf da tavizler vererek sorunu ortadan kaldırırlar. Belki çimento fabrikası tozdan etkilenen her komşu konuta birer çamaşır kurutucusu alıp, toz çıkarma hakkını elde etmiş olur. Ya da fabrika bacasına filtre sistemi kurmak daha az maliyetli olacaktır. Bu konuda etkin neticeye pazarlık masasına varılır.

Aslında *deregülasyon* olarak tarif edilebilecek piyasa yolunda, diğer iki alternatifteki gibi kamusallaşmayan, yani taraflar haricinde hiç kimseyi ilgilendirmeyen bir süreç oluşturulur. Hatta alt katından gelen yemek kokusundan ya da gürültüden rahatsızlık duymayan bir üst kat söz konusuysa, teoreme göre, hiçbir şey yapılmasına gerek olmayan (kimsenin kimseye haksızlık yapmadığı) bir ("adil") durumun zaten var olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Coase'nin alternatifi, hiçbir meseleyi kamusal hale getirmeyen, aksine her şeyi taraflar-arası bir mesele haline getiren bir çerçeveye sahiptir ve bu yol sosyal maliyeti en düşük yol olarak takdim edilir. Haksızlık/zarar durumu karşılıklı (*reciprocal*) bir doğa içerisinde kavranır ve şikayet/talebe bağlı olarak müzakere edilir. Dolayısıyla çözüm için, re'sen ve proaktif biçimde hareket eden bir dışsal otorite yerine, bizzat taraflar reaktif bir şekilde hareket eder ve çözümü kendileri geliştirir. Tüm bu unsurlar birlikte düşünüldüğünde, Coase Teoremi kamu hukukunun çeperlerini daraltan negatif adaletçi bir örnek olarak pekâla tasavvur edilebilir.

## SONUÇ

Negatif adalet kavramı, tıpkı pozitif özgürlük karşısında negatif özgürlük kavramının sahiplenilişi gibi klasik liberal ve liberteryen pek çok düşünür ve gelenekçe sahiplenilmiş bir adalet kavrayışıdır. Bu adalet kavrayışı dolayısıyla, devlet mekanizmasının hukuku vasıta kılarak toplumsal adaleti sağlamak adına re'sen ve proaktif hareket etmemesi gerektiğinin, devletin esas görevinin adaletsizlik (haklara saldırı ve zarar) durumunda reaksiyon gösterip devreye girerek

bozulan durumu düzeltmek olduğunun altı çizilir. Dolayısıyla negatif adalet kavramının önemli ölçüde dağıtıcı adalet ve onun çağdaş bir türevi olan sosyal adaletin antipodu niteliğinde özellikleri bünyesinde barındıran bir adalet kavrayışını ifade ettiğini bir değerlendirme olarak kenara not etmek gerekir. Bu yönüyle negatif adalet, denkleştirici adaletin bir türevi olarak düşünülebilecek komütatif (*commutative*, değişmeli) adaletin bir başka biçimi olarak da pekala yorumlanabilir.

Örneklerden de anlaşılabilceği üzere, negatif adalet kavramının ardında, rasyonalist doğal hukuk geleneğindeki pek çok düşünürün ele aldığı ve birbirlerine şerhler düşerek yürüttükleri tam (*perfect*) ve eksik (*imperfect*) ödevler tartışması önemli bir fikrî zemin oluşturmuştur. Bu noktada Thomasiaus, Pufendorf ve Smith gibi düşünürlerin, önemli ölçüde Hugo Grotius'un yapmış olduğu doğal hukukçu tam/eksik yükümlülükler ayırma şerhler düşerek onu açtıkları görülmektedir. Ahlâk ile onun asgari seviyesi olarak telakki edilen adaletin, keza başkalarına yardım etme edimleriyle adilâne davranışlar arasındaki ayırım çizgileri bu gelenek içerisinde çizilmeye çalışılmış, hangi sahanın hem hukuk hem de ahlâkın normatif alanına gireceği, hangisininse pür ahlâkî olduğu yönündeki fikirler bu zemin üzerinde geliştirilmiştir. Liberal felsefe de devletin, hukukun, yasama faaliyeti ve yargı gücünün makul ve “adil” sınırları tartışmasını yürütürken bu fikrî zeminden oldukça faydalanmış görünmektedir. Devlet mekanizmasının, uyukları üzerinde ahlakî bir inşa gerçekleştirme ve hukuku buna araç kılma gibi misyonlarla donatılı olup olmadığı tartışmaları da yine muhtemelen Grotius'a yaslanan fikirlerin 19. yy.'da Mill ve Schopenhauer gibi yazarlarca alınıp işlenmesi suretiyle, negatif adalet kavramının birer açılımı mahiyetini kazanmıştır. Bu yönüyle negatif adalet kavramı, toplumsal iyiliği ya da iyi durumu yaratmak adına ahlâkın proaktif hareket tarzının tersine, hukukun reaktif hareket tarzıyla uyumluluk arz eder biçimde takdim edilmektedir. Bu liberal “negatif” adalet temaları, devlet ve hukukun yetki alanı tartışmalarında Hayek, Leoni ve Coase gibi 20. yy. düşünürlerince de ciddi ölçüde benimsenmiş görünmektedir.

Bununla birlikte, negatif bir erdem olarak adalet kavramı, haksızlık yapılmaması yönünde çekinik kalma erdemine vurgu yapmak suretiyle, adalet fikriyle *neminem laedere* (kimseye zarar verme) maksimi arasında neredeyse özdeşlik kurmuştur. Diğer bir deyişle adaleti olumsuzu ile, yani haksızlık/adaletsizlik yapmama erdemi olarak tanımlamıştır. Bu, çok açık bir biçimde, adalet gibi sınırlarını ve boyutlarını teşhis etmenin kolay olmadığı derin bir kavramı, ve hatta nihayette Antik Yunanların *phronesis*'inden Latinlerin *sapientia*'sına dek, Lorenzetti fresklerindeki Adalet figürünün talimat alırcasına baktığı -

tepesindeki- Bilgeliğe dayandırılan, bu vesileyle de basit bir ölçüm-tartım uğraşı ya da meziyeti olmadığının (ya da bunun bir meseleyi her yönüyle kavrama yetisi -*phronesis*- olmadan tam olarak mümkün olamayacağını) anlatıldığı bu kavramı, oldukça basite indirgemek ve tek bir ögesini bütüne hasretmek biçimini almıştır. Bu indirgemeyle adalet, sanki mevcut bir durum mümkün dünyaların en iyisiymişçesine, onun bozulmaması üzerinden telakki edilmektedir. Ayrıca düzen fikriyle olan bu sıkı bağı nedeniyle -tıpkı liberal düşüncenin bir o kadar benimsemiş olduğu prosedürel adalet kavramı gibi- kozmolojik bir adalet kavrayışının özelliklerini gösterir. Oysa ki, mevcut bir durum, o durumu yaşayan bazı kimselerde ya da onların hepsinde hoşnutsuzluklar meydana getiriyorsa, bunun yine de adil -bozulmasının da gayriadil- olduğunu iddia etmek, adalet kavramının -hiç de yüzyıllarca kendisine atfedilen- o iyi ve arzu edilen anlama sahip olmadığını söylemek olur. Adalet, mevcut bir durumu salt muhafaza etmekle ya da bunun bozulmasına karşı salt eski halin yeniden inşa edilmesiyle eşanlamlı düşünülemez. İnsan, ileriye dönük de düşünebilen bir varlıktır ve hiç şüphesiz ki daha iyi ya da adil durumları tahayyül edebilir.

Diğer yanda hukuk-ahlak ilişkiseliliği ve insanın doğal hukuktan kaynaklanan ödevleri meselesi kapsamında, hayırseverlik ile adalet arasındaki ayrım hattını kurgulayan filozoflar, hukukun güç alanı içerisine çekilemese de hayırseverlik edimlerini iyi ya da takdir edilesi davranışlar olarak değerlendirmektedirler. Devlete hayırseverlik misyonu yüklemeyip bunu sivil toplumun gönüllü ilişkilerine havale edenlerde ise, belki devlet denen mekanizmayı, sanki o toplumsal biraradalıktan meydana gelmemiş yapay bir oluşummuş gibi görme eğilimleri etken olabilir. Bunun karşısında geliştirilebilecek tezler, hiç şüphesiz ki, devletin doğallığı üzerinden kurgulanabilecek tezler olacaktır. Ayrıca negatif adaletçi akıl yürütmenin, özellikle liberteryen ve bazı klasik liberal versiyonlarda ya hep ya hiç tarzında yürütüldüğü, devletin ödevi adaletse kesinlikle yardım/hayırseverlik olamaz biçiminde telakki edildiği, devletin bu eksik ödevlerin gerçekleştirilmesinin icbar edici gücü gibi düşünülmesi yerine, onun rızâ hayırseverliklere yönlendirici ve katalizör olabilme potansiyeline dair orta yolcu çözümlerin çok fazla irdelenmiyor ya da peşin hükümle düâlıtenin kötü kanadına zıfa ediliyor olması da aynı şekilde devlete ve hukuka dönük yapaylık odaklı düşünme eğilimlerinin zorunlu neticelerinden ibaret bir görünüm arz etmektedir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ARİSTOTELES, **Retorik**, Çev. Mehmet H. Doğan, 12. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, Çev. Saffet Babür, 4. Baskı, Bilgesu Yayınevi, Ankara, 2012.

BARRY, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2012.

CAIRNS, Huntington, "Leibniz's Theory of Law", **Harvard Law Review**, Vol. 60, No. 2, December-1946, s. 200-232.

COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, Vol. 56, No. 4, November-2013, s. 837-877.

ÇEBİ, Sezgin Seymen, "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", **HFSA 27. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur vd., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2016, s. 28-53.

DEMİR, Hande Seher, "Konut Kira Bedeli Artışında Belirlenen Yasal Üst Sınırın Anayasal Hak ve İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 73, S. 1, 2024, s. 621-669.

D'ENTREVES, Alessandro Passerin, **Doğal Hukuk: Hukuk Felsefesine Bir Giriş**, Çev. Furkan Kararmaz, Zoe Kitap, İstanbul, 2023.

GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

GROTIUS, Hugo, **The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and Nations**, Trans. A. C. Campbell, M. Walter Dunne Publication, New York & London, 1901.

GROTIUS, Hugo; **The Rights of War and Peace: Book II**, Ed. Jean Barbeyrac, Rev. by Richard Tuck, Gen. Ed. Knut Haakonssen, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2005.

GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Scha L. Meray, Say Yayınevi, İstanbul, 2011.



- HAYEK, Friedrich August von, **Özgürlüğün Anayasası**, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, BigBang Yayınları, Ankara, 2013.
- HÖFFE, Otfried, **Adalet: Felsefi Bir Giriş**, Çev. Muhsin Bulut, 1. Baskı, Runik Kitap, İstanbul, 2020.
- İBN HALDUN, **Mukaddeme (Cilt -1)**, haz. Süleyman Uludağ, 5. Baskı, Dergah Yayınevi, İstanbul, 2007.
- KINALIZADE ALİ EFENDİ, **Devlet ve Aile Ahlâkı**, haz. Ahmet Kahraman, Tercüman Yayınları, İstanbul, 1982.
- LEONI, Bruno, **Özgürlük ve Hukuk**, Çev. Mustafa Erdoğan, Hukuk Yayınevi, Ankara, 2020.
- LEIBNIZ, G. W., “Codex Iuris Gentium (Praefatio) (1693)”, **Political Writings**, Trans. & Ed. by Patrick Riley, Cambridge University Press, 1972, s. 165-176.
- LEIBNIZ, G. W., “Meditation on the Common Concept of Justice (1702-3)”, **Political Writings**, Trans. & Ed. by Patrick Riley, Cambridge University Press, New York, 1972, s. 45-64.
- LIEBERMAN, David, “Adam Smith on Justice, Rights, and Law”, **The Cambridge Companion to Adam Smith**, Ed. Knud Haakonssen, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 214-245.
- LYONS, David, **Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory**, Oxford University Press, New York, 1994.
- MILL, John Stuart, “Utilitarianism (1861)”, **Essays on Ethics, Religion and Society**, Collected Works: Vol. 10, Ed. J. M. Robson, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, Canada, 1969, s. 203-260.
- MILL, John Stuart, **Faydacılık**, Çev. Şahap Nazmi Coşkunlar, Milli Eğitim Yayınları, Ankara, 1946.
- ÖZLEM, Doğan, “Adalet ve Görecilik”, **HfSA 9. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 199-205.
- PLATON, **Devlet Adamı**, Çev. Furkan Akderin, 3. Baskı, Say Yayınevi, İstanbul, 2014.
- PUFENDORF, Samuel, **The Whole Duty of Man According to the Law of Nature**, Trans. Andrew Tooke, Ed. Ian Hunter, David Saunders, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2003.
- PUFENDORF, Samuel, **Doğal Hukuka Göre İnsanın ve Yurttaşın Ödevi**, Ed. James Tully, Çev. Reha Kuldaşlı, Timaş Yayınevi, İstanbul, 2023.
- PUFENDORF, Samuel, **Two Books of the Elements of Universal Jurisprudence**, Trans. William Abbott Oldfather, [1931], revised & Ed. by Thomas Behme, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2009.

- SAĞLAM, Rabia, “Liberal Adaletin İki Farklı Görünümü: John Rawls ve Robert Nozick: ‘Hakkaniyet Olarak Adalet’ Eleştirisinden ‘Yetkisel Adalet’ Eleştirisine”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 181-217.
- SALAM, Abdallah, **Perfect and Imperfect Rights, Duties, and Obligations: From Hugo Grotius to Immanuel Kant** (D. Phil. Thesis), Merton College, t. y., <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:882da778-1126-4909-b38b-5ada51cc8e78/files/m83e4f5406c35d64ba181703829dbbd27>.
- SCHOPENHAUER, Arthur, **Merhamet**, Çev. Zekâi Kocatürk, 2. Baskı, Dergah Yayınevi, İstanbul, 2009.
- SCHOPENHAUER, Arthur, **Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine**, Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Baskı, Say Yayınevi, İstanbul, 2010.
- SCHMIDTZ, David, **Adaletin Unsurları**, Çev. Hayrettin Özler, Liberte Yayınevi, Ankara, 2010.
- SMITH, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, Çev. Haldun Derin, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011.
- SMITH, Adam, **Ahlâkî Duygular Kuramı**, Çev. Derman Kızılay, Pinhan Yayınevi, İstanbul, 2018.
- SMITH, Adam, **Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler**, Çev. Ahmet Celiloğlu, Pinhan Yayınevi, İstanbul, 2018.
- THOMASIIUS, Christian, **Institutes of Divine Jurisprudence with Selections from Foundations of the Law of Nature and Nations**, Trans. & Ed. Thomas Ahnert, Gen. Ed. Knud Haakkonssen, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 2011.
- TOPUZKANAMIŞ, Engin, “Yeniden Paylaşım, Vergilendirme ve Adalet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2012, s. 103-131.
- UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2020.
- YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 6. Baskı, Liberte Yayınevi, Ankara, 2011.
- YNTEMA, Hessel E., “Equity in the Civil Law and the Common Law”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 15, No. 1-2 (1966-1967), s. 60-86.
- YOUNG, Jeffrey T., “Law and Economics in the Protestant Natural Law Tradition: Samuel Pufendorf, Francis Hutcheson, and Adam Smith”, **The Journal of the History of Economic Thought**, Vol. 30, No. 3, 2008, s. 283-296.
- YÜKSELBABA, Ülker, **Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ZELYÜT HÜNLER, Solmaz, “Adaletin Muadili Nedir?”, **HFSA 9. Kitap**, haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 67-72.

# 6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi<sup>(\*)</sup>

Detection of Risky Structures within the Scope of Law No. 6306 and Administration's Authority to Use Force

Sinan SEÇKİN<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Ülkemizde kentsel dönüşüm uygulamalarının temel hukuki dayanağını 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun oluşturmaktadır. On yılı aşkın süredir uygulanmakta olan bu Kanun'da, süreç içinde birçok değişiklik yapılmıştır. Son dönemde ise özellikle 7181 ve 7471 sayılı Kanunlarla riskli yapı tespiti bakımından da önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak riskli yapı tespit işlemlerinin tebliğ usulüne ilişkin değişiklikler sayılabilir. Bu değişikliklerle merkezi nüfus kayıt sistemi üzerinden aynı ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapılması esası yerine, riskli yapı tespit kararının yapıya asılması, muhtarlıkta ilan ve e-Devlet kapısı üzerinden bildirim esasını benimsenmiştir. Ancak bu düzenlemeler, hak arama özgürlüğü bakımından bazı sakıncalar barındırmaktadır. Bunun yanında Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın resen riskli yapı tespiti yapma yetkisinin de yeniden düzenlenmesi ve kolluk kuvvetine başvurulmasına ilişkin açık yetki verilmesi söz konusu olmuştur. Bu kapsamda 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 6/A maddesinde öngörülen riskli yapı tespit usul ve esasları arasındaki farklılık dikkat çekicidir. Zira 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde, birden fazla yapı bakımından riskli yapı tespiti yapılması ve buna göre belirlenecek olan alanlarda resen dönüşüm uygulaması gerçekleştirilmesi mümkündür. Ayrıca Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve 6306 sayılı Kanun'da belirtilen idarelere, riskli yapı tespiti sırasında bir engellemeyle karşılaşılması halinde hâkim kararı olmaksızın, mülki idare amirinin yazılı izniyle zor kullanarak yapının bağımsız bölümlerine girme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki de Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkına aykırılık oluşturmaktadır.

## Anahtar Kelimeler:

Kentsel Dönüşüm, Konut Dokunulmazlığı, Riskli Yapı, Riskli Yapı Tespiti, Zor Kullanma Yetkisi.

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 16.08.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545354>

Bu makaleye atf için: SEÇKİN, Sinan, "6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Tespiti ve İdarenin Zor Kullanma Yetkisi", **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 463-511

(\*\*) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [sseckin@medipol.edu.tr](mailto:sseckin@medipol.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9540-9682>

**Abstract:**

Law No. 6306 constitutes the main legal basis of urban transformation practices in our country. Many changes have been made to this Law, which has been implemented for more than ten years. Recently, important regulations have been introduced in terms of risky structure detection, especially with Laws No. 7181 and 7471. In this context, the first thing to consider are the amendments regarding the notification procedure of risky structure detection procedures. With these amendments, instead of notifying real and personal rights holders through the central population registration system, it has been adopted to post the risky structure detection decision on the building, announce it in the neighborhood headman's office, and notify it through the e-Devlet portal. However, these regulations have some drawbacks in terms of right to legal remedies. In addition, the Urban Transformation Directorate's ex officio authority to detect risky structure has been reorganized and explicit authorization has been given to apply to law enforcement. In this context, the differences between the procedures and principles for the detection of risky structure stipulated in Articles 3 and 6/A of Law No. 6306 are noteworthy. In addition, the Urban Transformation Directorate and the administration are authorized to enter the independent parts of the building by force, with the written permission of the local administrator, without a judge's decision, in case of an obstacle during the detection of a risky structure. However, this authority also violates the right to the inviolability of the domicile regulated in Article 21 of the Constitution.

**Keywords:**

Authority to Use Force, Detection of Risky Structure, Inviolability of Domicile, Risky Structure, Urban Transformation.

**GİRİŞ**

Ülkemizin gündemini uzun yıllardır meşgul etmekte olan kentsel dönüşüm<sup>1</sup>, mülkiyet, yaşam, yerleşim ve konut hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahale ve sınırlamalar içermesi<sup>2</sup> nedeniyle de hukuki açıdan da oldukça tartışılan bir alandır. Kentsel dönüşümle ilgili birçok kanuni düzenleme olmakla birlikte, bugün için kentsel dönüşüm uygulamalarının dayandığı temel hukuki dayanak, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'dur (6306 sayılı Kanun)<sup>3</sup>. 2012 yılında yürürlüğe giren bu Kanun'da

<sup>1</sup> Kentsel dönüşüm kavramı ve uygulamaları hakkında bkz. ÜSTÜN, Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014; SÖNMEZ, Muhammet, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 23-62.

<sup>2</sup> ŞAHİN, Cenk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme)." **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Melikşah Yasin, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 63 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-18/1>, E.T. 05.06.2024; DEMİRKOL, Selami / BEREKET BAŞ, Zuhâl, "Kentsel Dönüşümün, 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması", **TBB Dergisi**, 2013, S. 108, s. 41; YURTCANLI, Seda, "Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar", **Anayasa Hukuku Dergisi**, 2013, C. 2, S. 4, s. 320.

<sup>3</sup> RG. 31.05.2012, S. 28309.

zaman içinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>4</sup> ve 7471 Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla<sup>5</sup> yapılan düzenlemelerin de en kapsamlı değişiklikler arasında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen ve 11 ilimizde can kaybına neden olan depremler, kentsel dönüşümün önemi ve gerekliliğini ortaya çıkarmıştır<sup>6</sup>. Nitekim bu süreçte 6306 sayılı Kanun'da verilen görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz Kentsel Dönüşüm Başkanlığı da kurulmuştur<sup>7</sup>. Söz konusu değişikliklerle kanun koyucunun kentsel dönüşüm uygulamalarını hızlandırmayı amaçladığı görülmektedir. Bu kapsamda da kentsel dönüşümün temel müesseselerinde de birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri de riskli yapı tespitidir.

Bu çalışmada ilk olarak 6306 sayılı Kanun'da ve 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde<sup>8</sup> (Uygulama Yönetmeliği) yapılan son değişiklikler uyarınca riskli yapı tespiti yapılmasının usul ve esasları ele alınacaktır. Bu kapsamda 6306 sayılı Kanun'un 3. ve 6/A maddeleri uyarınca riskli yapı tespitinin yapılması ve riskli yapı tespiti işlemine ilişkin idari ve yargısal başvuru yolları açıklanacaktır. İkinci olarak ise riskli yapı tespitinin engellenmesi halinde zor kullanma yetkisi verilmesine ilişkin düzenlemenin anayasal sınırları üzerinde durulacaktır.

<sup>4</sup> RG. 10.07.2019, S. 30827.

<sup>5</sup> RG. 09.11.2023, S. 32364.

<sup>6</sup> "6 Şubat 2023 Pazarcık - Elbistan (Kahramanmaraş) Mw: 7.7 ve Mw: 7.6 depremleri nedeniyle başta Kahramanmaraş olmak üzere depremden etkilenen Hatay, Gaziantep, Malatya, Diyarbakır, Kilis, Şanlıurfa, Adıyaman, Osmaniye, Adana ile 11. il olarak eklenen Elazığ illerinde olağanüstü hal ilan edilmiş, daha sonra alınan kararlar Bingöl, Kayseri, Mardin, Tunceli, Niğde ve Batman illeri de afet bölgesi olarak ilan edilmiştir. Resmî rakamlara göre, deprem nedeniyle 50.783 kişi hayatını kaybederken, 115.353 kişi yaralanmıştır. 37.984 binanın yıkıldığı raporlanmıştır." (AFAD, 2023. 06 Şubat 2023 Pazarcık-Elbistan (Kahramanmaraş) Mw: 7.7 - Mw: 7.6 Depremleri Raporu. 140 s.) (çevrimiçi) [https://depem.afad.gov.tr/assets/pdf/Kahramanmara%C5%9F%20Depremi%20%20Raporu\\_02.06.2023.pdf](https://depem.afad.gov.tr/assets/pdf/Kahramanmara%C5%9F%20Depremi%20%20Raporu_02.06.2023.pdf), E.T. 28.06.2024.

<sup>7</sup> RG. 16.10.2023, S. 32341. Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'na ilişkin düzenlemeler 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 792/İ- 792/T maddeleri arasında yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, 153 sayılı Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesiyle yapılmıştır.

<sup>8</sup> Uygulama Yönetmeliği 15.12.2012 tarih ve 28498 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak yürürlüğe girdikten sonra Yönetmelik'te oniki kez değişiklik yapılmıştır. Son değişiklik ise 21.05.2024 tarih ve 32552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yapılmıştır.

## I. 6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ YAPI TESPİTİ

Riskli yapı kavramı, riskli alan ve rezerv yapı alanı ile birlikte 6306 sayılı Kanun'da öngörülen kentsel dönüşüm uygulamasının temel kavramlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bir yapının riskli olduğunun tespiti, yapının dönüşüm uygulamasına tabi tutulması anlamına geldiğinden hem malikler hem de üçüncü kişiler bakımından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. 6306 sayılı Kanun'da riskli yapı tespiti, iki farklı madde de düzenlenmiştir. İlk olarak 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre riskli yapı tespiti yapılması söz konusudur. Bu hüküm, riskli olduğu düşünülen tüm yapılar bakımından uygulanması gereken düzenleme niteliğindedir. İkinci olarak ise 6306 sayılı Kanun'a 7181 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle eklenen 6/A maddesine göre dönüşüm uygulamasının Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından resen yapılması öngörülen hallerde de riskli yapı tespiti yapılması söz konusu olmaktadır. Aşağıda öncelikle 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre riskli yapı tespiti incelenecek, ardından da 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesine göre riskli yapı tespiti yapılmasına ilişkin usul ve esaslara yer verilecektir.

### A. Genel Olarak Riskli Yapı Tespiti

#### 1. Riskli Yapı Kavramı

6306 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde riskli yapı, "*Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı*" olarak tanımlanmıştır. 3194 sayılı İmar Kanunu'nda ise yapı kavramı, geniş bir kapsama sahip bulunmaktadır<sup>9</sup>. Bununla birlikte Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında riskli yapı tespitinin "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında*" yapılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ise 3194 sayılı İmar Kanunu'nda tanımlanan "*bina*" kavramına denk düşmektedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla riskli yapı

<sup>9</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yapı, "*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>10</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde bina, "*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

kavramının kapsamına binalar girmektedir<sup>11</sup>. Bunun yanında Uygulama Yönetmeliği uyarınca inşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapıların riskli yapı tespitine konu olması mümkün bulunmamaktadır<sup>12</sup>.

Riskli yapı tespitine konu olacak olan binaların, 6306 sayılı Kanuna göre belirlenen riskli alan içinde olması şart değildir. Bu binalar riskli alan içinde olabileceği gibi bu alanlar dışında da olabilir. Bir binanın riskli yapı olarak belirlenmesi için ise iki şarttan birinin mevcudiyeti gereklidir. Buna göre riskli yapı tespitine ilişkin şartlardan birini binanın yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığına ilmi ve teknik verilere göre tespit edilmiş olması oluşturmaktadır. 6306 sayılı Kanun'un amacı dikkate alındığında binanın bir afet karşısında yıkılma veya ağır hasar görme tehlikesi altında bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>13</sup>. Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında riskli yapıların, Uygulama Yönetmeliği Ek-2'de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslara göre ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca geliştirilen/belirlenen elektronik yazılım programı kullanılarak tespit edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin kapsam başlıklı 1. maddesinde ise deprem tehlikesi altında yıkılma veya ağır hasar görme riski yüksek olan binaların “*riskli bina*” olarak belirlenmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla Uygulama Yönetmeliği'nde binanın yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıması şartı, sadece deprem afetiyle sınırlanmış durumdadır<sup>14</sup>. Oysa ki afet riski, sadece depremi değil; heyelan, sel, çığ vb. diğer afetleri de kapsamına almaktadır<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> İNAL, Emrehan, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 58; GÜRSEL, Esin, **Kentsel Dönüşüm 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 136; ÇINAR, Halil Burak, “Kentsel Dönüşümde Riskli Yapı Kavramı ve Riskli Yapının Unsurları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2018, C. 92, S. 6, s. 197. Bununla birlikte bu düzenleme, kanunda yer almayan sınırlamanın yönetmelikle öngörülmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve sadece binalar hakkında riskli yapı tespiti yapılmasının kanunun amacına uygun düşmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. (İLGEZDİ, Ali Rıza, **Adım Adım Kentsel Dönüşüm**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 119-120; ÖZAY, Osman Levent / DEMİRBAŞ, Feride, “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 8, S. 2, s. 225; AKBEY ERDİDAL, Didem, **Riskli Alan- Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 48).

<sup>12</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/1.

<sup>13</sup> İNAL, s. 59.

<sup>14</sup> Bununla birlikte rezerv yapı alanında ve riskli alanda yapılacak kentsel dönüşüm uygulamalarında, diğer afet risklerinin varlığı halinde de 6306 sayılı Kanun çerçevesinde uygulama tesis edilmesi mümkün bulunmaktadır (KAPLAN, Onur, **İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 52).

<sup>15</sup> Açıklamalı Afet Terimleri Sözlüğü'nde afet; “*Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olay*” şek-

Dolayısıyla 6306 sayılı Kanun'un amacının tam olarak gerçekleştirilmesi ve can ve mal güvenliğinin sağlanması bakımından binanın yıkılma veya ağır hasar görme şartının diğer afet riskleri<sup>16</sup> de göz önünde bulundurularak belirlenmesine yönelik düzenleme yapılması gerekmektedir.

Riskli yapı tespitine ilişkin şartlardan diğeri ise binanın “*ekonomik ömrünü tamamlamış olması*”dır. Bununla birlikte bir yapının herhangi bir afet riski içermekle birlikte sadece ekonomik ömrünü tamamlamış olması sebebiyle riskli yapı olarak nitelendirilmesinin 6306 sayılı Kanun'un amacı ve riskli yapı kavramıyla bağdaşmadığı haklı olarak belirtilmektedir<sup>17</sup>. Bu bağlamda “*ekonomik ömrünü tamamlamak*” şartının yapıya verilen fonksiyonun işlevselliğini yitirmiş olması şeklinde anlaşılması gerektiği, bu halde ise inşa zamanında öngörülen fonksiyon doğrultusunda kullanılması ekonomik açıdan verimsiz hale gelmiş yapıların, yıkılmadan daha işlevsel bir kullanıma dönüştürülmesi ya da yıkılıp yeniden yapılması yoluna gidilmesinin söz konusu olacağı ancak böyle bir uygulamanın 6306 sayılı Kanun'un düzenleme alanıyla ilgisi olmadığı da ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Bunun yanında yapıların ekonomik ömrünün iklim şartlarına, kullanılan malzemenin kalitesine ve kullanımına göre değişmekle birlikte riskli yapı tespitinin esas amacının, yapının afet riski taşıyıp taşımadığının belirlenmesi olduğu dikkate alınarak yapının ekonomik ömrünü tamamlayıp tamamlamadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>19</sup>. Ancak Uygulama Yönetmeliği Ek-2'de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar'da “*ekonomik ömrünü tamamlamış olmak*” şartına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesine ilişkin ölçüt bakımından bir belirsizlik/muğlaklık mevcuttur. Riskli yapı tespitinin hukuki ve maddi sonuçları dikkate alındığında böyle belirsiz bir alanın idarenin takdirine bırakılmasını hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir.

linde tanımlanmaktadır. (çevrimiçi) <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozluugu>, E.T. 01.06.2024. 6306 sayılı Kanununun 6/A maddesinde düzenlenen riskli yapı tespitinde, bu tür afetlerin de dikkate alındığı görülmektedir.

<sup>16</sup> Afet riskinin, riskli yapı tespiti yapılan yapının bulunduğu bölgeye göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir (İLGEZDİ, s. 123).

<sup>17</sup> İNAL, s. 60. Buna karşılık öğretilde, bir yapının inşa edildiği amaç doğrultusunda kullanılamaması halinde, 6306 sayılı Kanun'da yer almasa da sosyal, kültürel, tarihi yahut mimari özellikleri dikkate alınarak yapının başka bir amaç için tahsisinin mümkün olmaması durumunda kentsel estetik düzen gereği ve muhtemel kentsel çöküntü alanlarının oluşmasının önüne geçilmesi için bu tür yapıların “ekonomik ömrünü tamamlamış yapı” kategorisinde kabul edilmesi gerektiği, bu hususun önleyici bir tedbir olarak kanunun amacıyla örtüştüğü belirtilmektedir (GÜRSEL, s. 142).

<sup>18</sup> ÇAPTUĞ, Mehpare, **İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 134.

<sup>19</sup> SÖNMEZ, s. 141.



## 2. Riskli Yapı Tespiti Usulü

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca riskli yapı tespiti doğrudan malik veya kanuni temsilcisi tarafından yaptırılabilir gibi Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya Kanun'da belirtilen idareler de riskli yapı tespiti yaptırabilir<sup>20</sup>. Bir yapının riskli olup olmadığının belirlenmesi için ise yetkili kurum veya kuruluşlarca rapor hazırlanması gerekmektedir. Ayrıca 6306 sayılı Kanun'da riskli yapı tespitine ilişkin itiraz ve dava yolu da öngörülmüştür. Aşağıda 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde 7471 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler uyarınca riskli yapı tespit usulü açıklanacaktır.

### a. Riskli Yapı Tespitine Başlanması

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına göre riskli yapı tespitinin öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yaptırılması gerekmele birlikte Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya 6306 sayılı Kanun uyarınca yetkilendirilen idareler<sup>21</sup> de bu süreci başlatabilir. Bunun yanında Kentsel Dönüşüm Başkanlığı, 6306 sayılı Kanun'da belirtilen idarelerden bu tespit yapılmasını isteyebilir.

#### (a) Yapı Malikleri veya Kanuni Temsilcisi Tarafından Başvuru Yapılması

Riskli yapı tespitinin yapı maliki veya kanuni temsilcisi tarafından yapılması iki şekilde söz konusu olabilir. İlk olarak yapı malikleri veya kanuni temsilcisi öncelikle kendi rızasıyla maliki olduğu yapının riskli olup olmadığının tespiti için başvuru yapabilir. İkinci olarak ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idarenin, yapı maliki veya kanuni temsilcisine süre vererek riskli yapı tespiti yapılmasını istemesi üzerine başvuru yapılabilir. Bu başvurunun ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlara yapılması gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu hallerde riskli yapı tespitine ilişkin masraflar yapı maliki veya kanuni temsilcisine ait bulunmaktadır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> 6306 sayılı Kanun m.3/1: "Riskli yapıların tespiti, Başkanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Başkanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Başkanlığa veya İdareye bildirilir. Başkanlık/İdare riskli yapıların tespitini resen yapabileceği gibi süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden de isteyebilir. Verilen süre içinde maliklerce tespit yaptırılmadığı takdirde, tespitler Başkanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Başkanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir."

<sup>21</sup> 6306 sayılı Kanunun 2/1-(b) maddesinde idare, "Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>22</sup> 6306 sayılı Kanunun 6. maddesine 7471 sayılı Kanunla eklenen 15. fıkrasında "Bu Kanun kapsamındaki uygulamalar ile bu uygulamalar için karar alınması ve uygulamaların yürütülmesi konularında Başkan-

Kanun koyucu riskli yapı tespitinin esas olarak doğrudan yapı malikleri tarafından yaptırılmasını öngörmüştür. Bununla birlikte gerek 6306 sayılı Kanun'da gerekse de Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan “*yapı maliki*” kavramının ne anlama geldiği hususu tartışma konusu olmuştur. Buna göre yapı malikinin tek kişi olması halinde, malikin veya kanuni temsilcisi tarafından riskli yapı tespiti yaptırılacağına şüphe yoktur. Ancak riskli yapı tespitine konu olan yapının birlikte mülkiyete veya kat mülkiyetine tabi olması halinde kimlerin riskli yapı tespiti isteminde bulunabileceğinin açık olmadığı belirtilmektedir<sup>24</sup>. Bununla birlikte uygulamada gerek paylı mülkiyet<sup>25</sup> gerekse de elbirliği mülkiyetine<sup>26</sup> tabi olan yapılarda maliklerin her birinin tek başına riskli yapı tespiti yaptırabileceği kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

### (b) Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdare Tarafından Yapılması

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yapılan değişiklikten önce riskli yapı tespitinin Çevre, Şehircilik ve İklim Deği-

*lıkça lisanslandırılacak kuruluşlar faaliyete gösterebilir*” hükmü yer almaktadır. Ancak 7471 sayılı Kanun'un 20. maddesinde bu hükmün yayım tarihinden itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu hüküm 09.11.2024 tarihinden sonra yürürlüğe girmiş olacaktır.

<sup>23</sup> 6306 sayılı Kanun m.3/1; Uygulama Yönetmeliği m.7/2.

<sup>24</sup> İNAL, s. 65.

<sup>25</sup> Öğretide paylı mülkiyete tabi yapılarda, riskli yapı tespitinin bütün maliklerin oybirliğiyle talep etmesinin mümkün olduğu ifade edildiği gibi riskli yapı tespiti yaptırılmasının önemli işlerden olması sebebiyle pay ve paydaş çoğunluğu aranması gerektiği de belirtilmektedir (ÖZSUNAY, Ergün, **6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 40; ilgili görüşler için ayrıca bkz. SÖNMEZ, s. 145-146; KİSBET, İshak Kamil, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti”, **Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 36-41). Bununla birlikte gerek öğretide gerekse de uygulamada, riskli yapı tespitini tek bir malikin talep edebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (SÖNMEZ, s. 147; İLGEZDİ, s. 131). Nitekim bu görüş, 6306 sayılı Kanun'un amacını, can ve mal güvenliğini sağlamak oluşturduğu ve riskli bir yapının yıktırılmasında diğer maliklerin de ortak menfaatinin bulunduğu şeklinde gerekçelendirilmektedir (SÖNMEZ, s. 147). Ayrıca riskli olduğu tespit edilen bir yapının can ve mal güvenliği bakımından tehdit oluşturduğu açık olduğundan, oybirliği ya da oyçokluğu sağlanamamasının bu yapıların tehlike arz eden mevcut durumunun sürdürülmesine imkân vermemesi gerektiği de belirtilmektedir (ARSLAN, Nuran, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler”, **TAAD**, 2021, Y. 12, S. 47, s. 353).

<sup>26</sup> Öğretide bir görüş elbirliği mülkiyetine tabi yapılar bakımından da riskli yapı tespiti kararının bütün ortakların oybirliğiyle vereceği karara bağlı olduğunu savunmaktadır (ÖZSUNAY, s. 41) Diğer görüş ise elbirliği mülkiyetine tabi yapılarda, paylı mülkiyete tabi yapılarda olduğu gibi maliklerden her birinin ortak menfaati korumak amacıyla riskli yapı tespiti talebinde bulunabilmesinin mümkün olduğu kabul etmektedir (SÖNMEZ, s. 149). Uygulamada bu ikinci görüşün benimsendiği görülmektedir (İLGEZDİ, s. 18; SALTİK, Şenol, **Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 59; KİSBET, s. 43).

<sup>27</sup> SÖNMEZ, s. 151. Bunun yanında Uygulama Yönetmeliği'nin 7/2-(a) maddesinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu olan yerlerde, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti isteminin, yapının sahibi olan arsa payı sahibi tarafından yaptırılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması halinde ise riskli yapı tespitinin tapuda lehine şerh olan tarafta yaptırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede kullanılan “arsa paylı tapu” ve “lehine şerh olan taraf” ifadelerinin medeni hukuk terminolojisine uygun olmamakla birlikte anılan düzenlemenin uygulamaya ilişkin çözüm getirdiği belirtilmektedir (SÖNMEZ, s. 151-152).

şikliği Bakanlığı veya bu Kanun'da belirtilen idareler tarafından yapılması için malik veya kanuni temsilcilere süre vererek riskli yapı tespitinin istenmesi gerekmektedir. Bu istek, verilen süre içinde yerine getirilmediği takdirde ise riskli yapı tespitinin Bakanlık veya bu Kanun'da belirtilen idareler tarafından yapılması/yaptırılması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi şu şekilde değiştirilmiştir<sup>28</sup>; “Başkanlık/İdare, riskli yapıların tespitini resen yapabileceği gibi süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir”. Söz konusu hükme göre Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya bu Kanun'da belirtilen idarelere riskli yapıların tespiti bakımından seçimlik bir hak tanındığı sonucu çıkmaktadır. Bu bağlamda Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare dilerse riskli yapı tespitini resen yani doğrudan kendisi yapabileceği gibi dilerse daha önceden olduğu gibi malik veya kanuni temsilciye süre vermek suretiyle riskli yapı tespitini istemesi, bu istek yerine getirilmediği takdirde ise kendisinin bu yönde işlem yapması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bu halde kamu gücü devreye girmekte ve kişiler riskli yapı tespiti yaptırması hususunda zorlanabilmektedir<sup>29</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk cümlesiyle ikinci cümlesi arasında bir tezatlık ortaya çıkmaktadır. Buna göre 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk cümlesinde riskli yapı tespitinin “öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri” tarafından yapılması öngörülmüştür. Nitekim 6306 sayılı Kanun'un ilk halinde de idare tarafından riskli yapı tespiti yapılması durumunda da ilk olarak bu hususun yapı maliki veya kanuni temsilcisinden istenmesi gerekmektedir. Ancak yeni düzenleme uyarınca Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idarenin malik veya kanuni temsilciye süre vermeksizin, doğrudan yapının riskli olup olmadığını tespit ettirmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idarenin hangi ölçüte göre hangi yapılar bakımından riskli yapı tespitini resen yapabileceği düzenlenmemiştir. Bu durumda riskli alan içinde veya dışında olan tüm binalar bakımından Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın veya idarenin bu yetkiye sahip olması söz konusudur. Ancak böylesine geniş bir yetkinin kullanım şartlarının belirlenmemiş olması uygulamada belirsizlik ve keyfiyete yol açabilecek nitelik taşımaktadır.

<sup>28</sup> 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesi gerekçesinde riskli yapı tespitinin Başkanlık veya idarece resen yapabileceği düzenlendiği belirtilmekle birlikte bunun sebeplerine yer verilmemiştir. (çevrimiçi) <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=530134f4-a524-44c7-a75d-018b4d16a856&kanunNumarasi=7471#step-2>, E.T. 08.06.2024.

<sup>29</sup> AKIN, Yeliz Neslihan, “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kolluğu”, *SDÜHFD*, 2021, C. 11, S. 2, s. 521.

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idarenin riskli yapı tespitinin yapılmasını malik veya kanuni temsilcilerden süre vererek istemesi de mümkündür. Ancak ne 6306 sayılı Kanun'da ne de Uygulama Yönetmeliği'nde bu sürenin ne kadar olması gerektiği öngörülmemiştir. Buna göre yapı maliki veya kanuni temsilcisine riskli yapı tespiti yapılması için makul bir süre verilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>30</sup>. Dolayısıyla bu makul sürenin, riskli yapı tespiti yaptırılması istenen yapının maliklerinin sayısı, büyüklüğü gibi somut özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Riskli yapı tespitinin verilen süre içerisinde maliklerce yaptırılmadığı hallerde, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından resen yapılması söz konusu olur.

Son olarak ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek idareden de istemesi mümkün bulunmaktadır<sup>31</sup>. İdarenin kendisine verilen süre içinde riskli yapı tespitini yapmaması halinde ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından riskli yapı tespiti doğrudan yapılabilir veya yaptırılabilir. Ancak bir alan üzerinde bulunan yapılar için öngörülen toplu riskli yapı tespiti, riskli alan tespiti anlamına gelmemektedir<sup>32</sup>.

### ***b. Riskli Yapı Tespitine İlişkin Rapor Düzenlenmesi***

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına göre riskli yapı tespitine ilişkin rapor, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca<sup>33</sup> hazırlanabilir. Bu rapor hazırlanırken riskli yapıların, Uygulama Yönetmeliği Ek-2'de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslara göre ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca geliştirilen/belirlenen elektronik

<sup>30</sup> ŞİMŞEK, Suat, **Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 51.

<sup>31</sup> 6306 sayılı Kanun m.3/1.

<sup>32</sup> SÖNMEZ, s. 155.

<sup>33</sup> Uygulama Yönetmeliği m.6/1-(c); "(Değişik ibare: RG-21/5/2024-32552) Başkanlıkça lisanslandırılan,  
1) Kamu kurum ve kuruluşları,  
2) Üniversiteler,  
3) Sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler,  
4) Depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları,  
5) 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları,  
6) 27/1/1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar, tarafından tespit edilir. Lisanslı kurum ve kuruluşlar herhangi bir alan ile sınırlı olmaksızın Ülke genelinde riskli yapı tespiti yapabilir."

yazılım programı kullanılarak tespit edilmesi gerekmektedir<sup>34</sup>. Lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanan raporda yapının afet riski altında olduğu ya da olmadığı yönünde bir tespit yer verilmesi zorunludur<sup>35</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kural olarak her yapı için sadece bir adet riskli yapı tespit raporu düzenlenmesi mümkündür<sup>36</sup>. Ancak itiraz veya yargı kararı üzerine yeniden riskli yapı tespit raporu tanzim edilmesinin gerekmesi, raporun gerçeğe aykırı düzenlendiğinin tespit edilmiş olması ve yapının risk durumunu etkileyebilecek kasti bir müdahale dışında somut bir hadisenin gerçekleşmiş olması hallerinde yeniden riskli yapı tespiti raporu düzenlenmesi mümkün bulunmaktadır<sup>37</sup>.

Riskli yapı tespitine ilişkin raporlar, tespiti yapan idarece veya lisanslandırılmış kurum veya kuruluşça, tespite konu yapının bulunduğu ildeki müdürlüğe<sup>38</sup> veya yetki devri<sup>39</sup> yapılması durumunda idareye elektronik yazılım sistemi üzerinden gönderilir. Raporlar, Başkanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde incelenir ve herhangi bir eksiklik tespit edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapılmak üzere raporu düzenleyen kurum veya kuruluşça iade edilir. Raporlarda herhangi bir eksiklik tespit edilmez ise riskli olan yapılar, en geç on iş günü içinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Bunun üzerine tapu müdürlüğüne, Uygulama Yönetmeliği EK-6'da yer alan tutanak düzenlenerek, aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ yerine kaim olmak üzere, yapıya asılır, maliklere e-Devlet Kapısı üzerinden bildirilir ve ilgili muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan edilir<sup>40</sup>. İlgili tutanakta

<sup>34</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/1.

<sup>35</sup> ŞİMŞEK, s. 58; YAZICI, Gün, **Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 40.

<sup>36</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/3. Söz konusu düzenlemenin mülkiyet hakkının makul olmayan şekilde kısıtlanması anlamına geldiği hakkında bkz. ÖZSUNAY, s. 16-17.

<sup>37</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/3.

<sup>38</sup> 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Karamamesi'nin 792/P maddesine göre Kentsel Dönüşüm Başkanlığı taşra teşkilatı, her ilde kurulan doğrudan merkeze bağlı kentsel dönüşüm müdürlüklerinden oluşmaktadır.

<sup>39</sup> 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 12. fıkrasında, kanunda belirlenen idarelere yetki devrinin Bakanlık tarafından yapılması düzenlenmiştir.

<sup>40</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/4. 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yapılan değişiklikle riskli yapı tespit işleminin aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ usulü değiştirilmiştir. 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yapılan değişiklik öncesinde riskli yapıların, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde Bakanlık veya İdare tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilmesi ve tapu müdürlüğünün de tapu kütüğüne işlenen belirmeler hakkında aynı ve şahsi hak sahiplerine bilgi vermesi düzenlenmekteydi. Ayrıca riskli yapıların Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın internet sayfasında da on beş gün süreyle ilan edilmesi gerekmektedir. Ancak itiraz süresinin başlangıcı olarak muhtarlıkta yapılan ilanın son günü esas alındığından bu ilanın itiraz süresi bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

riskli yapı tespitine ilişkin hukuki başvuru yolları ve süresi ve mercileri ile yapının tahliye ve yıkım işlemlerinin yapılması hususları yer almaktadır. Riskli olduğu kesinleşen yapıların güçlendirilmesi<sup>41</sup> veya yıktırılması gerekmektedir<sup>42</sup>.

### 3. Riskli Yapı Tespitine İlişkin Hukuki Başvuru Yolları

Riskli yapı tespiti sürecinde yetkili kurum ve kuruluşlarca hazırlanan rapor doğrultusunda yapının riskli olduğu ya da olmadığı yönünde karar verilmektedir. Buna göre bu rapor, riskli yapı tespit işleminin hazırlık aşamasını oluşturmakta, bu işlemin bilimsel dayanağını teşkil etmektedir<sup>43</sup>. Bununla birlikte hazırlanan raporda sadece yapının teknik olarak mevcut durumu ortaya koyulmaktadır<sup>44</sup>. Dolayısıyla söz konusu rapor, hazırlık işlemi niteliğindedir<sup>45</sup>. Bu sebeple de tek başına idari dava konusu yapılması mümkün değildir. Hazırlanan rapora dayanan riskli yapı tespitine ilişkin işlem ise yapının hukuki statüsünü etkilemektedir<sup>46</sup>. Bir başka ifadeyle, belirli bir yapının kanunla daha önce tanımlanmış olan riskli yapı statüsünde olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla riskli yapı tespit işlemi, kesin ve yürütülmesi gereken yani icrai niteliği haiz birel idari işlemdir<sup>47</sup>. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca da idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bunun yanında 6306

<sup>41</sup> Bununla birlikte 6306 sayılı Kanun'un kentsel dönüşümü gerçekleştirmek adına öngördüğü temel aracı "yıkım" olduğu, bu hususun ise ölçülülük ilkesine uygun olmadığı belirtilmektedir. Buna göre 6306 sayılı Kanun'da sadece 6. maddenin 8. fıkrasında güçlendirmeden söz edilmiş ancak güçlendirme kararıyla ilgili ortaya çıkabilecek olan ihtilaflara ilişkin bir düzenleme de yapılmamıştır (ŞAHİN, s. 63). Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, 6306 sayılı Kanun'da tek çözüm olarak "yıkım"ın öngörülmediğine ve riskli alan ve rezerv alanı dışında bulunan riskli yapılarını güçlendirmek isteyenlere bu imkânın tanındığına karar vermiştir (AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)). Diğer yandan Uygulama Yönetmeliği'nde güçlendirme ile ilgili yapılan düzenlemenin de yetersiz olduğu ifade edilmektedir (ŞAHİN, s. 63). Ayrıca 6306 sayılı Kanun'da güçlendirme ve iyileştirme yöntemlerine yeterince yer verilmediği hakkında bkz. ÇAPTUĞ, s. 100.

<sup>42</sup> SÖNMEZ, s. 176.

<sup>43</sup> GÜRSEL, s. 151.

<sup>44</sup> AKBAY ERDİDAL, s. 59.

<sup>45</sup> GÜRSEL, s. 155; AKBAY ERDİDAL, s. 59. Kişi veya nesnelerin hukuki durumlarını etkilemeyen, hukuk düzeninde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyen işlemler, icrai olmayan işlemler olarak adlandırılmaktadır. Bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen ve o işlemin hazırlayıcısı niteliğinde olan hazırlık işlemleri de icrai olmayan işlemler arasında yer almaktadır. (AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023, s. 376-377).

<sup>46</sup> ÖZDEMİR, Halit Eyüp / KOÇ, Melih, "6306 sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 4, S. 2, s. 28.

<sup>47</sup> KAPLAN, s. 97-98; ÇAKIR, Hüseyin Melih / ÜLKER, Barış, "6306 sayılı Kanun Kapsamındaki Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2021, C. 27, S. 2, s. 1074.

sayılı Kanun'da dava açmadan önce başvurulabilecek olan idari başvuru yolu da düzenlenmiştir. Dolayısıyla riskli yapı tespiti işlemine ilişkin olarak idari ve yargısal başvuru yolları bulunmaktadır.

### *a. İdari Başvuru*

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında "*Riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince on beş gün içinde itiraz edilebilir*" hükmü yer almaktadır. Bu itiraz, ihtiyari niteliktedir<sup>48</sup>. Buna göre Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince on beş gün içinde itiraz edilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bunlar dışında kalan ancak kendilerine riskli yapı tespiti işleminin bildirilmesi öngörülen sınırlı aynı ya da şahsi hak sahiplerinin itiraz etme hakkı bulunmamaktadır<sup>49</sup>. Bu bağlamda malik dışındaki aynı ve şahsi hak sahiplerine bildirim yapılmasının sebebinin ise söz konusu kişileri de haberdar ederek gerekli önlemleri alabilmelerinin sağlanması olduğu belirtilmektedir<sup>50</sup>.

6306 sayılı Kanun'da sadece Başkanlık veya idare tarafından yapılan riskli yapı tespitlerine ilişkin itiraz yolunun düzenlendiği görülmektedir<sup>51</sup>. Bununla birlikte Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 5. fıkrasında "*Riskli yapı tespitine karşı yapı malikleri veya kanuni temsilcilerince riskli yapı tespitine ilişkin olarak ilgili muhtarlıkta yapılan ilan son gününden itibaren on beş gün içinde yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe veya yetki devri yapılmış ise İdareye verilecek bir dilekçe ile itiraz edilebilir.*" hükmü bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca malikler tarafından yaptırılan riskli yapı tespit işlemlerine gerek doğrudan talepte bulunan malikin gerekse de talepte bulunmayan maliklerin de itiraz hakkının olduğu kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Buna göre riskli yapı tespit isteminin malik tarafından yapılması halinde, lisanslı kurum ve kuruluş tarafından hazırlanan riskli yapı tespit raporu doğrudan ilgili müdürlüğe sunulmaktadır. İlgili müdürlük raporda eksiklik görmezse raporu onaylamaktadır. Dolayısıyla süreç malikin talebiyle başlamış olsa dahi, malikin tespit raporunun hazırlanma-

<sup>48</sup> 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "... *itiraz edilebilir*" şeklinde düzenleme yapılmış olması yanında, kanun koyucu tarafından bu itirazın zorunlu itiraz olduğuna dair emredici bir hüküm düzenlenmediği dikkate alındığında, bu itirazın, zorunlu bir idari başvuru yolu olmadığı anlaşılmaktadır (ÖZDEMİR / KOÇ, s. 28; KAPLAN, s. 90; SÖNMEZ, s. 199).

<sup>49</sup> KAPLAN, s. 89.

<sup>50</sup> ÖZDEMİR / KOÇ, s. 24.

<sup>51</sup> ÜSTÜN, s. 135; SÖNMEZ, s. 182.

<sup>52</sup> ÜSTÜN, s. 135; SÖNMEZ, s. 183; AMIRASLANLI, Nijat, "Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz", *TAAD*, 2023, Y. 14, S. 53, s. 102.

sına doğrudan bir müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Bu sebeple maliklerin talebi doğrultusunda hazırlanan tespit raporuna da maliklerce itiraz edilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Diğer yandan, riskli yapı tespiti talep etmeyen diğer malikler de tespit raporunun kendilerine tebliğ edilmiş sayılacağı tarihten itibaren itiraz etme hakkına sahip bulunmaktadır. Esasında bu husus hak arama hürriyetinin de bir gereğidir<sup>53</sup>.

Diğer yandan, bir yapının riskli yapı olup olmadığına ilişkin inceleme sonucunda, yapının riskli olmadığı yönünde de rapor düzenlenebilir. Bu halde raporda ilgili müdürlükçe bir eksiklik de bulunmadığı takdirde, yapının riskli olmadığına dair tespiti, tespitin yapılmasını talep eden malik veya yapının riskli olduğunu düşünen diğer maliklerin de itiraz hakkının olduğu belirtilmektedir<sup>54</sup>. Bunun yanında Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idarece resen yaptırılan tespit sonucu yapının riskli olmadığına karar verilirse, bu tespiti ilişkin de maliklerin itiraz hakkı olduğu kabul edilmektedir<sup>55</sup>.

Riskli yapı tespitine ilişkin itiraz dilekçesinin içeriği de önem arz etmektedir. Bununla birlikte 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde aynı ve şahsi hak sahiplerine riskli yapı tespit raporunun kendisinin değil, sonucunun bildirilmesi öngörülmüştür. Bu sebeple itiraz edenlerin, itiraz dilekçelerinde teknik verilere sahip olmaksızın ayrıntılı şekilde raporda yer alan ölçüm ve testlere itiraz etmeleri mümkün değildir<sup>56</sup>. Her ne kadar itirazın amacına ulaşması bakımından itiraz sebeplerinin<sup>57</sup>, itiraz dilekçesinde gösterilmesi önem teşkil etse de, itiraz dilekçesinde sebep belirtilmesi zorunlu olmadığı gibi itiraz incelemesi itiraz sebepleri ile sınırlı olarak da yapılmamaktadır<sup>58</sup>. Bu itirazın yapının bulunduğu yerdeki müdürlüğe veya yetki devri yapılması durumunda idareye verilecek bir dilekçe ile yapılması mümkündür. İtirazı değerlendiren müdürlük veya idarenin öncelikle itirazın süresi içinde ve yapı malikince veya kanuni temsilcisi tarafından yapıлып yapılmadığını kontrol etmesi gerekir. Süresi içinde

<sup>53</sup> ÜSTÜN, s. 135.

<sup>54</sup> SÖNMEZ, s. 184.

<sup>55</sup> SÖNMEZ, s. 184.

<sup>56</sup> ÖZDEMİR / KOÇ, s. 24. Bu eksikliğin giderilebilmesi için malik veya kanuni temsilcilerinin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde bilgi edinme başvurusunda bulunarak rapor içeriğine ulaşmalarının mümkün olduğu da ifade edilmektedir (ÖZDEMİR / KOÇ, s. 24).

<sup>57</sup> İtiraz sebepleri, genel olarak, riskli yapı tespitine konu olan yapının niteliğine, tespiti yapan lisanlı kuruluşun teknik araç, gereç ve personeli bakımından yeterliliğine, inceleme sırasında yanlış yöntem uygulanması veya uygulanan yöntemin hatalı uygulanması ya da riskli yapı tespitinin sağlam bir yapı hakkında yapılmış olduğu şeklinde ortaya çıkmaktadır (AMIRASLANLI, s. 102-103).

<sup>58</sup> SÖNMEZ, s. 184.



yapılmayan itirazlar ile yapı malikince veya malikin vefat etmiş olması halinde mirasçılarcınca yapılmayan itirazlar işleme alınmaz<sup>59</sup>. İtirazın işleme alınması halinde ise bu itirazlar, Kentsel Dönüşüm Başkanlığının talebi üzerine, üniversitelerce ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkta/Başkanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen ve o il için belirlenen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır<sup>60</sup>. Riskli yapı tespiti yapılan yapının bulunduğu ilde itirazı değerlendirecek teknik heyetin teşkil edilmemiş olması halinde, itiraz dilekçeleri ile itiraz edilen tespite ilişkin raporlar, yapının bulunduğu yerdeki müdürlükçe veya idarece, o il için yetkilendirilmiş teknik heyetin bulunduğu ildeki müdürlüğe gönderilir<sup>61</sup>.

Teknik heyet, itiraz dilekçesinde gösterilen itiraz sebebi ile bağlı olmaksızın riskli yapı tespit raporunun teknik yönden bütün unsurları ile Ek-2’de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslara uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını inceler. Riskli yapı tespit raporunda teknik yönden eksiklik tespit edilmesi halinde gerekli düzeltmelerin yapılması için raporun lisanslı kurum veya kuruluşa gönderilmesine karar verilir ve rapordaki eksikliklerin tamamının düzeltilmesinin sağlanmasından sonra yapının riskli ya da risksiz olduğuna ilişkin nihai karar verilir. Teknik heyet, gerek görmesi halinde itiraza konu edilen yapıyı bizzat yerinde inceleyebilir veya yapının yerinde incelenmesini müdürlükten veya yetki devri yapılması durumunda idareden isteyebilir. Ancak, yapının riskli olup olmadığına ilişkin nihai karar, yapının riskli yapı tespiti yapıldığı tarihteki durumuna ve özelliklerine göre verilir. Teknik heyetçe alınan kararlar, teknik gerekçeleri belirtilerek yazılır; başkan ve üyelerce imzalanır. Tespiti yapan veya yaptıran idareye teknik heyetçe alınan tüm kararlar, itiraz eden malike ise sadece nihai karar bildirilir. Teknik heyetçe alınan nihai karara göre yapının risklilik durumunun değişmesi halinde karar Başkanlığa da gönderilir. Teknik heyetçe, karara bağlanan riskli yapı tespit raporuna karşı başka bir malikçe yapılan itiraz üzerine yeniden inceleme yapılmaz<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/5.

<sup>60</sup> 6306 sayılı Kanunun ilk hali uyarınca Bakanlık tarafından yapılacak bir riskli yapı tespitine yapılacak itirazda yine Bakanlıkça görevlendirilecek üç kişinin bulunması isabetli bulunmamıştır. DORU, Seyit Rasim. “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a İlişkin Değerlendirme.” **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Cenk Şahin, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 259 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-9/1>, E.T. 05.06.2024; ÇAPTUĞ, s. 137. Ancak aynı durum Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kurulduktan sonra da devam etmektedir. Bunun yanında itirazı inceleyecek teknik heyette, hukuki uyumsuzlukların da bulunabileceği gerekçeyle hukukçu üye bulunması da gerektiği belirtilmektedir (KAPLAN, s. 91).

<sup>61</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/6.

<sup>62</sup> Uygulama Yönetmeliği m.10/7.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında, riskli yapı tespit işleminin, ilgili muhtarlıkta on beş gün süreyle ilan edileceği ve bu ilanın son günü aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla on beş günlük itiraz süresi, muhtarlıkta yapılan ilanın son günü tarihinden itibaren başlamaktadır. Söz konusu düzenlemenin işlemlerin hızlandırılması amacıyla yapıldığı anlaşılmakla birlikte düzenlemenin 7201 sayılı Tebligat Kanunu<sup>63</sup> hükümleriyle çeliştiği ve bireylerin hak arama hürriyetine engel olacak nitelikte olduğu belirtilmektedir<sup>64</sup>. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında benzer bir düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamıştır. Şöyle ki, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların tespiti durumunda yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı düzenlendikten sonra "*Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır*" cümlesi gelmektedir. Anılan cümlenin iptali istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, söz konusu kuralın hak arama hürriyetini ortadan kaldırmadığını ancak tebligat usulü yönünden farklı bir düzenleme getirdiğini ve esasa ilişkin incelemenin ölçülülük ilkesi yönünden yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Bu bağlamda da itiraz konusu kuralın, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların inşaatının derhal durdurulması böylelikle hukuka aykırılığın bir an önce sona erdirilerek kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasını sağlamak amacı yönünden gerekli ve elverişli olduğu, yapı tatil tutanağının şahsen bildirimimin zorunlu tutulmasının ise hukuka aykırılığın giderilmesi hususunu zedeleyebileceği belirtilmiştir<sup>66</sup>. Ayrıca imar mevzuatı uyarınca tesis edilecek ruhsat iptali veya yıkım gibi kararların Tebligat Kanunu uyarınca tebliğ edileceği ve bu işlemlere ilişkin açılan davalarda yapı tatil tutanağının da yargısal denetiminin mümkün olacağı da ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Ancak kararın karşı oyunda, özellikle yapı sahibinin kendisinden kaynaklanmayan, kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan hallerde söz konusu yapı tatil tutanağına ilişkin idari ve yargısal başvuru hakkını kullanmaktan yoksun kalmasına sebep olunduğu ve böylelikle mahkemeye erişim hakkının ciddi şekilde güçleştirildiği, Tebligat Kanunu'nda öngörülen usulden ayrılarak hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiği, merkezi

<sup>63</sup> RG. 19.02.1959, S. 10139.

<sup>64</sup> ÜSTÜN, Gül / BULUT, Ali, "Kanun Koyucunun Amacı Bağlamında 7471 Sayılı Kanunun Öngördüğü Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Öneri Dergisi*, 2024, C. 19, S. 61, s. 17.

<sup>65</sup> AYM E. 2018/62, K. 2018/117 T. 27.12.2018 §n (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>66</sup> AYM E. 2018/62, K. 2018/117 §q, r.

<sup>67</sup> AYM E. 2018/62, K. 2018/117 §s.

nüfus kayıt sistemi üzerinden yapı sahiplerine tebligat yapılmasının önünde teknik ve hukuki yönden bir engel olmadığı ve Anayasa'nın idari işlemlere ilişkin dava açma süresinin yazılı bildirimle başlaması kuralına aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>68</sup>.

6306 sayılı Kanun'da getirilen yeni düzenleme ile riskli yapı tespit işlemlerinin tebliğin yapılamaması veya geç yapılması nedeniyle itiraz ve dava yoluna uzun süre sonra başvurulması dolayısıyla sürecin uzamasının önlenmesinin, bir başka ifadeyle riskli yapı tespit işleminin bir an önce kesinleştirilerek kentsel dönüşüm sürecinin diğer aşamalarına geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır<sup>69</sup>. Bununla birlikte Anayasa'da yer alan yazılı bildirim zorunluluğu, kişilerin hak ve çıkarlarının korunmasını ve yargısal denetim yoluyla hak arama özgürlüğünün güvence altına alınmasını amaçlamaktadır<sup>70</sup>. Dolayısıyla yazılı bildirim, hak düşürücü süre ile sınırlanmış olan dava hakkının etkin şekilde kullanılmasına imkân verecek şekilde yapılması gerekir<sup>71</sup>. Kuşkusuz adresin bilinmemesi veya malikin yazılı bildirim yapılmasından kaçınması gibi hallerde adrese tebligat usulü yerine farklı bir usul kabul edilebilir<sup>72</sup>. Ancak böyle bir ayırım yapılmaksızın, tüm riskli yapı tespitleri bakımından ilan yoluyla tebliğ uygulanması, maliklere orantısız bir külfet yüklemektedir. Nitekim 6306 sayılı Kanun'da riskli yapı tespitinin yapıya asılması, e-Devlet kanalıyla bildirim yapılması ve internet sitesinde de ilan edilmesi tedbirlerinin de bu külfeti azaltmayı amaçladığı görülmektedir. Ancak itiraz ve dava açma sürelerinin kısa olması göz önüne alındığında, söz konusu tedbirlerin yeterli olmadığı açıktır<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> AYM E. 2018/62, K. 2018/117 (karşı oy gerekçesi).

<sup>69</sup> Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı, söz konusu düzenlemenin kişilerin tebligat almaktan kaçınması veya yurtdışında bulunması halinde tebligat sürelerin oldukça uzaması nedeniyle gerekli olduğunu ifade etmiştir. (çevrimiçi) <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/bakan-ozhaseki-kentsel-donusumde-tebligatlar-e-devletten-yapilacak/3008382>, E.T. 03.06.2024.

<sup>70</sup> AYANOĞLU, Taner, **Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 8.

<sup>71</sup> AYANOĞLU, s. 11. Nitekim Anayasa Mahkemesi 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 10. fıkrasında yer alan "Tebliğat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır." kuralını, mahkemeye erişim hakkını kısıtladığı gerekçesiyle iptal etmiştir (AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)). İlgili karar hakkında bkz. MALBELEĞİ, Nida, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul)." **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Cenk Şahin, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 343 (çevrimiçi) <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-11/1>, E.T. 05.06.2024.

<sup>72</sup> AYANOĞLU, s. 34.

<sup>73</sup> Maliklerin on beş veya otuz gün de bir e-Devlet kapısını veya Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın web sitesini takip ve kontrol etmesinin beklenmesi hakkaniyetli bulunmamaktadır (ÜSTÜN/BULUT, s. 16).

6306 sayılı Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde söz konusu itirazların hangi süre içinde incelenmesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple genel hüküm niteliğindeki 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi hükmü gereği itirazların 30 günlük süre içinde yanıtlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>74</sup>. Riskli yapı tespitine karşı yapılan itirazın reddedilmesi veya riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi suretiyle riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde müdürlük, gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını idareden ister<sup>75</sup>.

### **b. Yargısal Başvuru**

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasına göre bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde İYUK uyarınca dava açılabilirliği düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olduğu düşünülen riskli yapı tespit işleminin iptali istemiyle de idari mahkemelerde dava açılabilir<sup>76</sup>. Bu iptal davasında riskli yapı tespiti işleminin konusu taşınmazlarla ilgili olduğundan yetkili mahkeme, taşınmaz malın bulunduğu yer idare mahkemesidir.

İdari yargıda iptal davalarında davacının objektif ehliyet yanında subjektif dava açma ehliyetine de sahip olması gerekmektedir. İYUK'ta subjektif ehliyet olarak düzenlenen menfaat ihlali, davacı ile dava konusu işlem arasında kurulabilen ilgiyi ifade etmektedir. Bu ilginin ise kişisel, meşru ve güncel olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Riskli yapı tespit işlemi bakımından ise maliklerin dava açma ehliyetinin bulunduğu kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte kiracı ve sınırlı ayni hak sahipleri bakımından kişisel menfaat ihlalinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Öğretide, kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin mülkiyet hakkına sahip olmadığı gerekçesiyle dava açma ehliyetinin bulunmadığının<sup>78</sup> ileri sürülmesinin yanında, kiracıların veya sınırlı ayni hak sahiplerinin buldukları yapıya ilişkin riskli yapı tespit işlemiyle aralarında ciddi ve makul

<sup>74</sup> SÖNMEZ, s. 184.

<sup>75</sup> Uygulama Yönetmeliği m.8/1.

<sup>76</sup> YAZICI, s. 47. İYUK'un 20/A maddesi gereğince 6306 sayılı Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararlarına ilişkin açılan davalarda ivedi yargılama usulü uygulanmaktadır. Ancak riskli yapı tespit işlemi Cumhurbaşkanlığı tarafından tesis edilmemektedir. Dolayısıyla bu işlemin iptali istemiyle açılan davalar, ivedi yargılama usulüne tabi değildir.

<sup>77</sup> YILDIRIM, Turan / FİŞ ÜSTÜN, Gül, **Açıklamalı- Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 26; GÜNDÜZ, F. Ebru, **İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 119.

<sup>78</sup> SÖNMEZ, s. 201; KARADABAĞ, Hakan, **Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 89.

bir ilişkinin bulunduğu gerekçesiyle dava açmalarının mümkün olduğu da ifade edilmektedir<sup>79</sup>. İdari yargı mercilerinin ise her iki yönde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır. Buna göre Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, riskli yapı tespitine konu olan taşınmazda kiracı olarak ticari faaliyette bulunan kişinin, bu işleme ilişkin iptal davası açmak bakımından kişisel menfaat ihlalinin bulunduğuna karar vermiştir<sup>80</sup>. Buna karşılık daha yeni tarihli kararlarda bölge idare mahkemelerince kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin riskli yapı tespit işlemine ilişkin dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı yönünde kararlar verildiği görülmektedir<sup>81</sup>. Buna göre kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin mutlak olarak dava açma ehliyetlerinin bulunduğu ya da bulunmadığı şeklinde bir genelleme yapmak mümkün bulunmamaktadır. Nitekim malik dışındaki kimselerin sübjektif dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığının her olayın özellikleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiği, riskli yapı tespiti işleminin malikin iradesi dışında yapıldığı veya kiracıyı tahliye amacıyla yapıldığı iddiasının bulunduğu hallerde kiracıların da dava açma ehliyetinin kabul edilebileceği ancak kiracılık hakkının mülkiyet hakkının önünde tutmanın da mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>82</sup>. Dolayısıyla kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin dava açma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde her olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu belirleme yapılırken ise mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğü arasında makul dengenin sağlanması gerekmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, 21.05.2024 tarihli değişiklikle Uygulama Yönetmeliği EK-6'da yer alan 6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Olarak Tespit Edilen Yapılara İlişkin Tebligat Tutanağı'nda dava açma hakkına sadece maliklerin sahip olduğu şeklinde düzenleme yapılmıştır. Ancak dava açma hakkının yönetmelikle sınırlandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla riskli yapı tespiti işlemine ilişkin dava açma ehliyetine yönelik tartışmaların bu düzenleme neticesinde sona ermesi de mümkün görünmemektedir.

<sup>79</sup> KAPLAN, s. 100; AÇAR, Emre, "6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı", *TAAD*, 2024, Y. 15, S. 57, s. 240.

<sup>80</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2016/5407, K. 2018/3755, T. 28.06.2018. Aynı yönde bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/1375, K. 2019/6317, T. 09.12.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>81</sup> İstanbul BİM 6. İdare Dava Dairesi, E. 2020/1062, K. 2020/934, T. 30.09.2020; İstanbul BİM 6. İdare Dava Dairesi, E. 2020/872, K. 2020/935, T. 30.09.2020; İstanbul BİM 6. İdare Dava Dairesi, E. 2019/1387, K. 2019/1513, T. 03.10.2019; İstanbul BİM 4. İdare Dava Dairesi, E. 2017/939, K. 2017/663, T. 15.06.2017. Anılan kararlarda riskli yapı tespiti sonrasında alınan yıkım ve tahliye işlemlerine ilişkin olarak ise kiracıların dava açma ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Taşınmazda işgalci sıfatıyla oturan davacının kişisel, meşru ve güncel menfaatinin bulunmadığı hk. Samsun BİM 2. İdare Dava Dairesi, E. 2019/790, K. 2020/515, T. 16.09.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>82</sup> ÖZDEMİR / KOÇ, s. 32.

Riskli yapı tespit işlemine 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında düzenlenen 30 günlük özel dava açma süresi içerisinde dava açılması gerekmektedir. Dava açma süresinin başlangıcının ise riskli yapı tespit işlemine itiraz edilmesi ile itiraz edilmemesi halleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında dava açma süresinin, "tebliğ tarihinden" itibaren başlaması öngörülmüştür. Yukarıda da ifade edildiği üzere 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikler neticesinde, riskli yapı tespit işleminin ilgili muhtarlıkta yapılan ilanın son günü aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla riskli yapı tespit işlemine itiraz edilmediği takdirde, riskli yapı tespit işleminin ilgili muhtarlıkta yapılan ilanın son gününü izleyen 30 gün içinde dava açılması gerekmektedir<sup>83</sup>. Riskli yapı tespit işlemine ilişkin itiraz edilmesi ve bu itiraza olumsuz cevap verilmesi halinde ise bu cevabın tebliğinden itibaren kalan dava açma süresi içinde idari dava açılacaktır. Zira riskli yapı tespit işlemine ilişkin itiraz, İYUK'un 11. maddesi uyarınca dava açma süresini durdurur<sup>84</sup>. İtiraza ilişkin olarak İYUK'un 11. maddesinde öngörülen 30 günlük cevap verme süresi içinde cevap verilmemesi halinde ise itirazın zımnen reddedildiği kabul edilerek, zımni red tarihinden itibaren kalan dava açma süresi içinde dava açılması mümkün bulunmaktadır<sup>85</sup>.

Bununla birlikte Uygulama Yönetmeliği EK-6'daki 6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Olarak Tespit Edilen Yapılara İlişkin Tebligat Tutanağı'nda yer alan ifadelerden dava açma süresinin başlangıcıyla ilgili farklı sonuçlara da varmak mümkündür. Buna göre söz konusu tutanakta "... Riskli yapı tespiti işlemine karşı, tespit işleminin kesinleşmesinden sonra, 6306 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, otuz gün içinde maliklerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açma hakkı mevcuttur" ifadesi yer almaktadır. Anılan tutanakta riskli yapı tespit işleminin; riskli yapı tespitine karşı itiraz süresi içerisinde herhangi bir malik tarafından itiraz edilmemesi durumunda itiraz süresinin son günü, itiraz süresi içerisinde yapı maliklerinin tamamı tarafından tespit işlemine karşı itiraz edilmeyeceğinin yazılı olarak bildirilmesi durumunda bildirim yapıldığı tarihte veya itiraz edilmesi

<sup>83</sup> İYUK'un 8. maddesinde sürelerin, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlendiğinden, burada da dava açma süresinin ilanın son gününü izleyen günden itibaren başlaması gerekmektedir.

<sup>84</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/8494, K. 2020/1287, T. 11.2.2020; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2018/2062, K. 2019/270, T. 27.05.2019; Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/8494, K. 2020/1287, T. 11.02.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) Aksi yönde bkz. İzmir BİM 4. İdare Dava Dairesi, E. 2020/1637, K. 2020/1246, T. 20.10.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>85</sup> SÖNMEZ, s. 207; AMIRASLANLI, s. 107.

durumunda ise, itirazın teknik heyetçe incelenerek, itiraz hakkında nihai kararın verildiği tarihte kesinleşeceği belirtilmektedir. Buna göre riskli yapı tespit işlemine ilişkin dava açma süresinin başlangıcı işlemin kesinleşme<sup>86</sup> tarihi esas alınarak belirlenmiş, bu tarihin de üç farklı şekilde ortaya çıkabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla tespit işleminin kesinleşmesinden sonra dava açma süresinin başlamasını öngören düzenleme, Anayasa ve kanunlarda dava açma süresinin başlangıcı bakımından esas alınan yazılı bildirim tarihini<sup>87</sup>, işlemin kesinleşmesi tarihi olarak değiştirmektedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik ekiyle yapılmasının hukuka uygun olmadığını belirtmek gerekmektedir.

Uygulama Yönetmeliği EK-6'ya göre riskli yapı tespit işlemine itiraz edilmemesi halinde 15 günlük itiraz süresinin geçmesiyle birlikte riskli yapı tespit işlemi kesinleştiğinden, bu tarihten veya itiraz süresi içerisinde yapı maliklerinin tamamı tarafından tespit işlemine karşı itiraz edilmeyeceğinin yazılı olarak bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içinde dava açılması mümkündür. Riskli yapı tespit işlemine itiraz edilmesi halinde ise teknik heyetçe itiraz hakkında verilen nihai kararın tebliğ edildiği<sup>88</sup> tarihten itibaren 30 gün içinde dava açılma-

<sup>86</sup> İYUK'un 14. maddesine göre idari dava dilekçelerine ilişkin ilk inceleme konularından birini de "idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" hususu oluşturmaktadır. Burada ifade edilen işlemin kesin olması, idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkması anlamına gelmektedir (AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2023, s. 354). Riskli yapı tespiti bakımından da rapor hazırlandıktan sonra ilgili idarenin yapının riskli yapı olduğuna veya olmadığına karar vermesi yani riskli yapı tespiti işlemiyle birlikte idari karar alma süreci tamamlanarak nihai işlem ortaya çıkmaktadır. Bu işleme ilişkin itiraz edilebilmesinin mümkün kılınması, söz konusu işlemin dava konusu edilebilirlik bakımından kesin olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim öğretilerde de riskli yapı tespitinin kesinleşmesinin, yapının yıktırılmasına ilişkin bir ön şart olduğu, riskli yapı tespit işleminin niteliğini değiştirmedeği ifade edilmektedir (ÇAKIR / ÜLKER, s. 1074). Nitekim Danıştay riskli yapı tespit işlemine itiraz edilmekle birlikte, henüz itiraz sonuçlanmadan da dava açılabilirliği, zira kanun uyarınca riskli yapı tespitine karşı doğrudan dava açmanın mümkün olduğu yönünde karar vermiştir (Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/2536, K. 2022/1327, T. 10.02.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)). Aksi yönde bkz. İstanbul BİM 6. İdare Dava Dairesi, 14.12.2020 tarihli ve E. 2020/696, K. 2020/1441, T. 14.12.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

<sup>87</sup> Anayasa'nın 125. maddesinin 3. fıkrasına göre idari işlemlere ilişkin dava açma süresi, yazılı bildirimle başlar. İYUK'un 7. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde ise idari uyumsuzluklarda yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir.

<sup>88</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 2. fıkrası "*Kanun kapsamındaki yapıların tahliyesine ve yıktırılmasına ilişkin olarak aynı ve şahsi hak sahiplerine yapılacak tebligat; tahliye ve yıktırmaya ilişkin riskli yapılarda Ek-7/A'da yer alan tutanağın, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında ise Ek-7/B'de yer alan tutanağın düzenlenerek yapıya asılması, maliklere e-Devlet Kapısı üzerinden bildirilmesi ve ilgili muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan edilmesi suretiyle yapılır. Tahliye ve yıktırmaya ilişkin işlem, muhtarlıkta yapılan ilanın son günü aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılır. Tahliyesi istenilen yapılar, ayrıca Başkanlığın internet sayfasında on beş gün süre ile ilan edilir.*" şeklindedir. Söz konusu EK-7/A esas olarak tahliye ve yıkım işlemine ilişkin olsa da Uygulama Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 1. fıkrasıyla birlikte ele alındığında, riskli yapı tespitine ilişkin itiraz sonucunun da bu tutanakla yapılması söz konusu olacaktır. Zira tutanağın ilk paragrafında "... riskli yapı tespiti kesinleşmiştir" bildirimini de yapılmaktadır.

sı mümkün bulunmaktadır<sup>89</sup>. Ancak ilgili düzenlemede teknik heyetin itirazı karara bağlaması bakımından bir süre öngörülmediği gibi zımnî red hususu da düzenlenmemiştir. Söz konusu düzenlemelerin gerek 6306 sayılı Kanun gerekse de İYUK'da yer alan dava açma süreleriyle ilgili genel esaslardan ayrıldığı görülmektedir. Uygulamada riskli yapı tespit işleminden menfaati etkilenen aynı ve şahsî hak sahiplerine tutanakla tebliğ yapılmış olacağından, kişilerin dava açma süresini tutanakta yer alan esaslara göre belirlemesi söz konusu olacaktır. Bu noktada yargı yerlerinin kanun hükümlerini uygulaması ise ciddi hak kayıplarını beraberinde getirebilecektir. Dolayısıyla her ne kadar ilgili yönetmelik hükümleri kanuna uygun olmasa da yargı mercilerinin hak arama özgürlüğünü göz önünde bulundurarak, dava açmak için yönetmelik uyarınca riskli yapı tespitinin kesinleşmesinin beklendiği hallerde dava açma süresini Uygulama Yönetmeliği EK-6'yı dikkate alarak tespit etmesi gerektiği düşünülmektedir.

## **B. Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca Resen Yapılması Öngörülen Alanlarda Riskli Yapı Tespiti**

6306 sayılı Kanuna 7181 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle eklenen 6/A maddeyle bazı alanlarda kentsel dönüşüm uygulamalarının resen Bakanlıkça yapılması öngörülmüştür. Daha sonra ise 7471 sayılı Kanunla bu yetki, Kentsel Dönüşüm Başkanlığına verilmiştir. 7181 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde söz konusu düzenlemelerin “... *kentleşme ve planlama alanında daha iyiye ulaşabilmek için yaşanan sıkıntıların giderilmesi, özellikle mevcut yapıların muhtemel afetlere karşı daha dayanıklı hale getirilmeleri ve dönüşüm uygulamalarının daha verimli yapılabilmesi*” amacıyla yapıldığı belirtilmiş ve “... *özellikle yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlarda, kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, yangın gibi afetler veya patlama gibi olaylar neticesinde ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamalarının ivedilikle yapılabilmesi için düzenleme yapılmakta ve bu suretle vatandaşlarımızın can ve mal güvenliğinin korunması, uygulamada yaşanan problemlerin çözülmesi ve zaman kaybının önlenmesi(nin)*” hedeflendiği ifade edilmiştir<sup>90</sup>. Buna göre kanun koyucunun temel olarak afet riski altında olduğu açıkça ortaya konan

<sup>89</sup> Danıştay 12. Dairesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin cezaları ile ilgili özel düzenleme bulunduğunu, disiplin cezasına itiraz edilmesi halinde cezanın itiraz sonucuna göre kesinleşeceğini, bu sebeple itiraza kadar geçen sürenin İYUK m.11 kapsamında değerlendirilerek dava açma süresinin hesabında dikkate alınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir (Danıştay 12. Dairesi, E. 2013/10983, K. 2013/12389 T. 23.12.2013) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>90</sup> 7181 sayılı Kanun'un genel gerekçesi (çevrimiçi) <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-3796-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7181#step-2>, E.T. 08.06.2024.



alanlarda dönüşüm uygulamalarının daha hızlı, süratli ve kesintiye uğramadan yapı-  
lıp sonuçlandırılmasını amaçladığı görülmektedir. Bununla birlikte riskli yapı tespi-  
ti, tahliye ve yıkım dışındaki satış, devir, özel mülkiyete tabi taşınmazların hazine  
adına tescili gibi işlemlerin maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaksızın Kent-  
sel Dönüşüm Başkanlığı tarafından resen yapılmasının, mülkiyet hakkına Anayasa-  
ya aykırı şekilde bir müdahale teşkil ettiği de belirtilmektedir<sup>91</sup>.

6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 1. fıkrasına göre iki tip alanda dönü-  
şüm uygulamaları yapılması bakımından maliklerin ve ilgililerinin muvafakati  
aranmaksızın Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca işlem tesis edilebilecektir. Bu  
alanlar şu şekilde belirlenmiştir;

- Yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar,
- Kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya  
düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar  
görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlar.

6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesine göre resen uygulama yapılabilecek  
alanların belirlenmesi, belirli bir alanda ya yıkılacak derecede riskli olan yapıla-  
rın ya da kendiliğinden çöken, ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bu-  
lunan yapıların tespitine bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla Kentsel Dönüşüm Baş-  
kanlığı'nın önce riskli yapı tespiti yapması sonra da bu riskli yapıların 6/A  
maddesi kapsamında alanlar oluşturduğunu tespit etmesi gerektiği anlaşılma-  
ktadır<sup>92</sup>. Nitekim 6/A maddesinin 2. fıkrasında yer alan riskli olarak kabul/tespit

<sup>91</sup> Ancak söz konusu hususlar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmakta olup, bu çalışmada 6306 sayılı Kanun'un 6/A kapsamında riskli yapı tespiti yapılması hususuyla sınırlı olarak inceleme yapılacaktır. Bu konudaki eleştiriler için bkz. AKBEY ERDİDAL, s. 156-162; İLGEZDİ, s. 216-217.

<sup>92</sup> Buna karşılık İstanbul Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü, daha önce Bakanlar Kurulu tarafından tesis edilen riskli alan kararına dayanarak ilgili taşınmazda 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesi kapsamın-  
da yapının 150 gün içerisinde tahliye edilmesi, tahliye edilmeyen yapıların altyapı hizmetlerinin durdurul-  
acağı, tahliye ve yıkım işlemlerinin yapılacağına dair işlem tesis etmiştir. Söz konusu işlemin iptali iste-  
miyle açılan davada ise idari işlemin herhangi bir teknik rapora dayanmadığı, sadece gözleme dayalı foto-  
graflardan yola çıkılarak bir alanın çökme ihtimali olduğu ya da zemin kayması ihtimali olduğu husu-  
sunun tespit edilemeyeceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiş ancak istin-  
af incelemesi neticesinde Bölge İdare Mahkemesi, "... söz konusu alandaki yapıların metruk hale geti-  
rilmiş yapılar olduğu, açılan hafriyat çukurları ile iksa imalatlarının kendiliğinden çökme ve zemin kay-  
masına sebebiyet verme tehlikelerinin bulunduğu sabit olduğundan yukarıda kısaca izah edildiği üzere  
6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un lafzı ve ruhu bir bütün  
olarak dikkate alındığında anılan kanunun 6/A maddesinin uygulanması koşullarının somut olayda ger-  
çekleştirildiği sonucuna varılmakla dava konusu işlemlerin tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulun-  
ma(dığı)" şeklinde karar vermiştir (İstanbul BİM 6. İdari Dava Dairesi E. 2022/2485, K. 2023/14, T.  
11.1.2023) (Kazancı İçtihat bilgi Bankası). Söz konusu karardan anlaşıldığı kadarıyla, 6/A maddesi kap-  
samında herhangi bir riskli yapı tespiti yapmadan, riskli alan kararlarına dayanılarak 6/A maddesi kapsa-  
mında kentsel dönüşüm uygulaması yapılmasına karar verilmiştir. Ancak böyle bir uygulamanın Kan-  
un'un lafzına aykırı olduğu düşünülmektedir.

edilen yapıların listesinin ilan edilmesine ilişkin düzenlemeden de 6/A maddesine göre uygulama yapılacak alanın, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından belirlenen riskli yapılara göre belirleneceği sonucu çıkmaktadır<sup>93</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde öngörülen alanlar ile 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen riskli alan, tespiti yetkili makam ve tespit usulü bakımından birbirinden farklıdır<sup>94</sup>. 6306 sayılı Kanun'da riskli alan, “*zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre riskli alan kararını alma yetkisi Cumhurbaşkanına ait bulunmaktadır. Riskli alan tespiti için Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca yapılan teknik inceleme ve hazırlanan dosya ile birlikte Cumhurbaşkanına teklif sunulması gereklidir<sup>95</sup>. Ayrıca 6306 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde düzenlenen hallerde Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanlar, Cumhurbaşkanı tarafından riskli alan olarak belirlenebilir<sup>96</sup>. Riskli alan kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanması da gerekmektedir.

<sup>93</sup> 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde “*uygulama yapılacak alanın sınırları uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Her ne kadar anılan cümlede, belirlemeyi hangi idari makâmın yapacağı açık şekilde belirtilmemiş olsa da 6/A maddesiyle Kentsel Dönüşüm Başkanlığına resen uygulama yapma yetkisi verilmek istendiği düşünüldüğünde, uygulama yapılacak alanı belirleme yetkisinin de Kentsel Dönüşüm Başkanlığına ait olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 7. fıkrasında yer alan “*Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur*” kuralının, uygulama bütünlüğü gerekçesiyle riskli olmayan yapılar bakımından da riskli yapılara ilişkin kurallara atfı yapıldığı gerekçesiyle ölçülülük ilkesine aykırı olarak iptaline karar vermiştir (AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014). Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, söz konusu iptal kararı sonrasında riskli olmayan yapılarla ilgili değerlendirme çalışmalarında yapının riskli olmadığını dikkate alınmasını öngören hükmü de anayasaya aykırı bulmuştur (AYM E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017 §61-66). Öğretide Üstün de “uygulama bütünlüğü”nün nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasının keyfiliğe yol açacağını belirtmektedir (ÜSTÜN, s. 139). Söz konusu durum, bu düzenleme bakımından da geçerli bulunmaktadır. Bununla birlikte uygulama bütünlüğünü sağlamak amacıyla 6/A maddesi kapsamında riskli yapı teşkil etmeyen yapıların da uygulamaya dahil edilmesinin, bu taşınmazların gerçek karşılığının maliklere ödenmesi şartıyla mümkün olacağı söylenebilir (AKBEY ERDİDAL, s. 29).

<sup>94</sup> Riskli alanların tespit usulü hakkında bkz. AKBEY ERDİDAL, s. 37-46; GÜRSEL, s. 72-84.

<sup>95</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında sunulacak teklife ilişkin dosyada hangi belgelerin yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanında Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında TOKİ veya İdare tarafından da riskli alan tespitinin Kentsel Dönüşüm Başkanlığından talep edilmesi mümkündür. Bu halde Kentsel dönüşüm Başkanlığı uygun gördüğü takdirde Cumhurbaşkanına teklifte bulunabilir. Yine Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 4. fıkrasına göre riskli alan belirlenmesi için taşınmaz maliki olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri de Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'ndan talepte bulunabilir.

<sup>96</sup> 6306 sayılı Kanun Ek m.1; Uygulama Yönetmeliği m.5/2: “*Başkanlıkça;*

*a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde;*

*1) Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması,*

Bununla birlikte 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde öngörülen alanlar ile 6306 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlanan riskli alan, maddi yönden birbirine paralellik arz etmektedir. Gerçekten de zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanlarla, yıkılacak derecede riskli yapıların bulunduğu alanlar ile zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlar aynı riskleri bünyesinde barındırmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, kanun koyucunun 6/A maddesi kapsamındaki alanlara ilişkin kentsel dönüşüm uygulamalarının maliklerin muvafakati aranmaksızın, resen ve ivedi şekilde yapılmasını öngörerek, 6/A kapsamında belirlenen alanların hukuki rejimini riskli alana ilişkin hukuki rejimden ayrı tuttuğu anlaşılmaktadır<sup>97</sup>.

Bunun yanında daha önce belirtildiği üzere 6/A maddesinde öngörülen uygulama yapılacak alanlar, alan üzerinde bulunan yapılara bağlı olarak belirlenebilecektir. 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 2. fıkrasında ise riskli yapı tespitinin iki şekilde yapılması öngörülmüştür. Buna göre ilk halde Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından resen riskli yapı tespiti yapılması söz konusuysen, ikinci halde ise bazı yapıların durumu göz önüne alınarak Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından riskli yapı kabul edilmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla 6/A maddesine göre riskli yapı tespiti veya riskli yapı kabul edilmesi işlemi sonrasında söz konusu alanlar Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından belirlenebilecektir.

2) İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması,

3) Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması, sebeplerinden birinin veya bir kaçının bir arada bulunması halinde,

b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda, uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanlar, riskli alan olarak belirlenmek üzere Cumhurbaşkanına sunulur. (b) bendi kapsamında riskli alan belirlenirken, alanda bulunan yapıların ruhsat ve yapı kullanma izin belgesi bilgileri ile imar mevzuatına uygunluk durumlarını gösteren bilgileri ihtiva eden Ek-4'te yer alan Yapı Değerlendirme Formunun doldurulması gerekir."

<sup>97</sup> Bununla birlikte yargı kararlarına yansıyan bir uyumsuzlukta ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü riskli alan ilan edilen taşınmazda yapılacak iş ve işlemlerin 6306 Sayılı Kanun'un 6/A maddesi kapsamında yapılmasına ilişkin karar almıştır. Bu kararın iptali istemiyle açılan davada ise istinaf incelemesi neticesinde Samsun Bölge İdare Mahkemesi, "... riskli yapının yükümlüne ilişkin kurallara yer verilmesi, riskli alanda bulunan yapıların yıkımı hakkında ise herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, riskli alanda yer alan tüm yapıların riskli yapı olduğu ve yıkılması gerektiği sonucuna ulaşmanın mümkün olmaması, bunun için yapının riskli olduğuna ilişkin yapılmış bilimsel ve teknik bir tespit bulunması gerektiği davalı idarece, riskli alan tespiti yapılan bölgedeki yapıların iskan için uygun olmadığı, riskli olduğuna dair bir tespitle bulunulmaması karşısında, dava konusu işlemlerde bu yönüyle" hukuka uygunluk bulunmadığı şeklinde karar vermiştir (Samsun BİM 2. İdari Dava Dairesi E. 2022/1270, K. 2022/1375, T. 20.10.2022) (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası).

## 1. Riskli Yapı Tespitinin Resen Yapılması

6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 2. fıkrasında “*Bu madde kapsamında riskli yapı tespiti, masrafları Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından karşılanmak ve Başkanlıkça talep edilmesi halinde, mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izine istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak suretiyle Başkanlıkça resen yapılır.*” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesine göre uygulama yapılmak istenmesi halinde<sup>98</sup>, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından resen riskli yapı tespiti yapılması mümkün bulunmaktadır.

6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 1. fıkrasında zikredilen “*yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar*” ile neyin kastedildiği açık değildir. Şöyle ki, “*yıkılacak derecede riskli olan yapılar*” tamlamasının, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 39. maddesinde düzenlenen “*yıkılacak derecede tehlikeli yapılar*” ile aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır<sup>99</sup>. Zira 6306 sayılı Kanun'da “*riskli yapı*” tanımına yer verilmişse de “*yıkılacak derecede riskli olan yapı*” tamlamasının, “*riskli yapı*” kavramıyla tam olarak örtüşmediği açıktır. Buna göre yıkılacak derecede tehlikeli yapı, zaman içerisinde bakımsızlık, tamir-

<sup>98</sup> 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 1. fıkrasında “... dönüşüm uygulamaları ... yapılabilir veya yaptırılabilir”; ifadeleri yer almaktadır. Buna göre 6/A kapsamına giren alanlarda dönüşüm uygulaması yapıp yapmamak konusunda kanun koyucunun Başkanlığa bir serbesti tanıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanların belirlenmesi ve dönüşüm uygulamalarının bir an önce gerçekleşmesi için riskli yapı tespiti hususunda zorunluluk getirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Nitekim yakın zamanda İstanbul'da önce 02.06.2024 tarihinde 3 katlı bir bina, 27.06.2024 tarihinde ise 7 katlı bir bina kendiliğinden çökmüştür. (çevrimiçi) <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/istanbulda-kendiliginden-cokebilecek-binalarin-cokluguna-dikkat-cekildi/3259923>, E.T. 28.06.2024. Dolayısıyla idarenin bu tür binaları tespit etmek ve dönüşüm uygulamasına tabi tutmak bakımından bağlı yetki içinde olması ve gecikmeksizin harekete geçmesi can ve mal kayıplarının önüne geçilebilmesi bakımından zorunludur.

<sup>99</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu m.39: “(Değişik fıkra: 4/7/2019-7181/12 md.) Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapılar ile bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerinin adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki adreslerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe üç gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibine bu şekilde tebligat yapılamaması hâlinde bu durum tebligat yapan idarenin internet sayfasında 30 gün süre ile ilan edilir ve tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıtla tespit edilir. Malik dışında binada ikamet amacıyla oturanlara da ayrıca tahliye için tebligat yapılır.

(Değişik fıkra: 4/7/2019-7181/12 md.) Tebligatı veya ilanı müteakip 30 günü geçmemek üzere ilgili idarece belirlenen süre içinde yapı sahibi tarafından tehlikeli durumun ortadan kaldırılmaması hâlinde, tehlikenin giderilmesi veya yıkım işleri belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı %20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.

Alakalının fakruhali tevsik olunursa masraf belediye veya valilikçe bütçesinden karşılanır. Tehlike durumu o yapı ve civarının boşaltılmasını icabettiriyorsa mahkeme kararına lüzum kalmaksızın zabıta marifetiyle derhal tahliye ettirilir.”

sizlik, su baskını, yangın, deprem gibi nedenlerle fiziksel ömürlerini tamamlayan yapılardır<sup>100</sup>. Bu hususun ise teknik bir raporla tespiti gerekmektedir<sup>101</sup>. Bu bağlamda İmar Kanunu'nun 39. maddesinde bir belde bulunan ve yıkılacak durumda olan veya yıkılması halinde orada bulunan bireylerin can ve mal güvenliğini tehlikeye atacak taşınmazlara ilişkin kolluk tedbirleri düzenlenmiştir<sup>102</sup>. Bu düzenlemeyle mevcut haliyle tehlike arz eden ve yıkılmaya yüz tutmuş olan yapının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>103</sup>. 6306 sayılı Kanun'un amacını ise olası bir afet karşısında yıkılma veya ağır hasar görme riskini taşıyan binaların bulunduğu alanların sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerine dönüştürülmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla İmar Kanunu'nun 39. maddesindeki düzenlemeyle, 6306 sayılı Kanun arasında yıkılma tehlikesi bulunan yapılara ilişkin olarak yetki, usul, kapsam ve amaç yönlerinden ciddi farklılıklar mevcuttur. Kentsel Dönüşüm Başkanlığına ise bu madde kapsamında resen riskli yapı tespiti yapma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla “*yıkılacak derecede riskli olan yapılar*” tamlamasının, “*yıkılacak derecede risk/tehlike taşıyan riskli yapılar*” olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim bu ifadeden riskli yapıların yarattığı tehlikenin biraz daha ileri boyutunun, zaten riskli olan yapının yıkılma tehlikesini de barındırdığının anlaşılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>104</sup>. Daha önce belirtildiği gibi ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen binalar, riskli yapı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla 6/A maddesi kapsamında uygulama alanının belirlenebilmesi için binaların, herhangi bir afete maruz kalmadan dahi yıkılma riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilmiş olması gerektiği düşünülebilir. Ancak Uygulama Yönetmeliği EK-2'de bu hususta ayrı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla İmar Kanunu'nun 39. maddesine göre yıkılacak derecede tehlikeli binaların da 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesi kapsamına girdiği kabul edilebilir.

6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde bu madde uyarınca dönüşüm uygulamaları yapılabilecek diğer alanlar ise “*kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır*

<sup>100</sup> KALABALIK, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 580.

<sup>101</sup> ŞİMŞEK, Suat / HAZAR, İlhami, *İmar Davaları Rehberi*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1014.

<sup>102</sup> BİLGİN, Hüseyin / SEZER, Yasin, *Açıklamalı İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 680.

<sup>103</sup> KAVRAMAZ, Nihat, “Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapıların Tabi Olduğu İdari İşlemin Hukuki Rejimi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 42.

<sup>104</sup> KAVRAMAZ, s. 46.

*hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlar*” olarak belirlenmiştir. Buna göre burada da kanun koyucunun üç tip yapının bulunduğu alanı düzenlediği görülmektedir. İlk olarak herhangi bir dış etkene bağlı olmadan, kendiliğinden çöken yapıların bulunduğu alanlar bu kapsamda yer almaktadır. İkinci olarak çeşitli afetler nedeniyle ağır hasar gören yapıların bulunduğu alanlarda da Kentsel Dönüşüm Başkanlığı resen uygulama yapabilecektir. Üçüncü olarak ise yine çeşitli afetler nedeniyle ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda bu kapsama girmektedir. 6306 sayılı Kanun’un 6/A maddesinin 1. fıkrasında “*gibi sebeplerle*” ifadesine yer verildiğinden, yapının ağır hasar görmesi veya ağır hasar görme riski bulunmasına neden olan/olabilecek sebep olarak sayılan afetler tahdidi nitelikte değildir.

Burada da belirtmek gerekir ki, esasen kendiliğinden çöken veya çeşitli afetler nedeniyle ağır hasar gören yapılar, kural olarak riskli yapı tespitinin konusunu oluşturmamalıdır. Zira bu halde risk halihazırda gerçekleşmiş ve hasar meydana gelmiş durumdadır. Dolayısıyla bu gibi yapıların, 6/A maddesinin 2. fıkrasına göre “*riskli yapı kabul edilmesi*” şeklindeki işleme konu olabileceği düşünülebilir. Buna karşılık bir yapının ağır hasar görme riski taşıyıp taşımadığının ise riskli yapı tespitinin konusunu oluşturduğu görülmektedir. Bu halde ise Uygulama Yönetmeliği EK-2’de deprem riski yönünden bir inceleme yapılmış olması öngörülmüş olmakla birlikte, 6/A maddesinin 1. fıkrası göz önünde tutulduğunda sadece deprem değil, zemin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi çeşitli afetler nedeniyle de yapının riskli olduğunun tespiti söz konusu olabilecektir.

Bunun yanında riskli yapı tespitinin, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından talep edilmesi halinde mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izne istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak ve açtırmak suretiyle yapılması mümkün bulunmaktadır<sup>105</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu gerek 3. madde gerekse de 6/A maddesi kapsamında yapılan riskli yapı tespiti bakımından idareye zor kullanma yetkisi vermiştir<sup>106</sup>.

## 2. Binaların Riskli Yapı Kabul Edilmesi

6306 sayılı Kanun’un 6/A maddesinin 2. fıkrasında, bazı binaların Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından riskli yapı olarak kabul edilmesi öngörülmüştür. Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından böyle bir

<sup>105</sup> 6306 sayılı Kanun m.6/A-2.

<sup>106</sup> Bu hususa ilişkin hukuki inceleme çalışmanın “II. Riskli Yapı Tespitinin Engellenmesi” başlığı altında yapılmıştır.

işlem yapılması için ise ya binanın bulunduğu arsanın tehlikeli durumu ya da binadaki hasar ve tahribat bakımından binanın acilen boşaltılması ve yıktırılması gerektiğinin belirlenmiş olması gerekmektedir. Nitekim 7410 sayılı Kanun'un gerekçesinde de "... gerek binanın üzerinde bulunduğu arsanın durumu (kayma riski, heyalan, kaya düşmesi riski gibi vb.) ve gerekse binadaki hasar/tahribat bakımından bazı binaların içerisine girilerek tespit çalışmalarının yapılması ciddi manada risk teşkil edebilmektedir. Belirtilen sebeple, madde ile arsanın tehlikeli durumu veya binadaki mevcut hasar veya tahribat gözetildiğinde acilen boşaltılması ve yıktırılması gerektiği değerlendirilen binaların doğrudan riskli yapı olarak kabul edileceği yönünde düzenleme yapıl(dığı)" belirtilmektedir<sup>107</sup>.

Buna göre bu halde riskli yapı tespiti için gerekli prosedür uygulanmadan, binanın bulunduğu durum nedeniyle ilgili bina, doğrudan riskli yapı statüsüne sokulabilecektir. Ancak bu belirlemenin hangi esas ve usule göre yapılacağı 6306 sayılı Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde açıkça belirtilmemiştir. Kanun gerekçesi de dikkate alındığında, riskli yapı kabul edilmesi şeklinde işlem tesis edilebilmesi için, riskli yapı tespiti yapılmasının ilgili teknik personelin hayatının ciddi şekilde riske atılmasını önlemeye yönelik olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sadece binaya girmenin ciddi tehlike arz ettiği hallerde bu yöntemle başvurulmalıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, riskli yapı kabul edilmesi işlemi de, riskli yapı tespit işlemi gibi idari işlemdir.

### 3. Riskli Yapı Tespiti/ Kabulünün İlanı ve Başvuru Yolları

6/A maddesi uyarınca yapılan riskli yapı tespit/kabul işlemleri de birer idari işlem niteliğindedir. Bu işlemlere ilişkin olarak da, taşınmaz malın bulunduğu yer idare mahkemesinde 30 gün içinde iptal davası açılacağı gibi önce ihtiyari nitelikteki itiraz başvurusu yapıлып, sonucuna göre de dava açılabilir<sup>108</sup>. Dolayısıyla 3. madde uyarınca riskli yapı tespitine ilişkin idari ve yargısal başvuru yollarına ilişkin hususlar, 6/A maddesinde aksine bir düzenleme olmadığı takdirde bu madde uyarınca tesis edilen riskli yapı tespit/kabul işlemleri bakımından da geçerlidir.

<sup>107</sup> 7410 sayılı Kanun 26. madde gerekçesi (çevrimiçi) <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c2-0d9b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7410#step-2>, E.T. 08.08.2024.

<sup>108</sup> 6306 sayılı Kanun m.6/A-2: "(2) ... Riskli olarak tespit/kabul edilen yapıların listesi tebliğ yerine kaim olmak üzere, bu yapıların kapısına asılır ve ilgili muhtarlıkta iki gün süre ile ilan edilir. Riskli yapı tespiti işlemi bu ilan ile maliklere şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince iki gün içinde itiraz edilebilir ve itirazlar üç gün içerisinde teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır."

Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde, Kanun'un 3. maddesi uyarınca yapılan riskli yapı tespit işlemlerine karşı başvurular bakımından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre bir yapının riskli yapı olarak Kent- sel Dönüşüm Başkanlığınca resen tespit edilmesi veya Kentsel Dönüşüm Baş- kanlığı ya da idare tarafından binanın riskli yapı olarak kabul edilmesi halinde bu yapıların kapısına asılması ve ilgili muhtarlıkta iki gün süreyle ilan edilmesi gerekmektedir. Bu ilan ile birlikte riskli yapı tespit/kabul işlemi, maliklere<sup>109</sup> şahsen tebliğ edilmiş sayılmaktadır<sup>110</sup>. Bunun üzerine maliklerce veya kanuni temsilcilerince riskli yapı tespit işlemine iki gün içinde itiraz edilebilmesi mümkündür. Bu itirazların ise üç gün içerisinde teknik heyetler tarafından ince- lenip karara bağlanması gerekmektedir. Yapılan itirazın reddi veya 3 gün içinde cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi halinde ise kalan dava açma süresi içinde dava açılabilir. Görüldüğü üzere 6/A maddesinin 2. fıkrasında gerek teb- liğ gerekse itiraz ve itirazın karara bağlanma süreleri oldukça kısa şekilde belir- lenmiştir. Bu işlemlerin muhatabı olarak da sadece malik zikredilmiştir.

## II. RİSKLİ YAPI TESPİTİNİN ENGELLENMESİ

6306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde, riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerlendirme işlemlerini engelleyenler hak- kında suç duyurusunda bulunulması düzenlenmiş, bu görevlerin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından da tabi oldukları ceza ve disiplin hü- kümlerinin uygulanması hüküm altına alınmıştır. Ancak daha sonra ise 6306 sayı- lı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasına 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle "*Risk- li yapı tespiti yapılmasının engellenmesi durumunda; Başkanlıkça/İdarece talep edilmesi halinde, mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izine istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak suretiyle resen tespit yapılır/yaptırılır.*" cümlesi eklenmiştir. Bunun yanında yine 7471 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle tahliye ve yıkım işlemleri bakımından da aynı yetki düzenlenmiştir<sup>111</sup>. Bu başlık altında ilk olarak riskli yapı tespitinin en- gellenmesi halinde kolluk kuvvetine başvurulması incelenecek, ardından da riskli yapı tespitine engel olanların ceza ve disiplin sorumluluklarına değinilecektir.

<sup>109</sup> 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde riskli yapı tespit işleminin, muhtarlıkta yapılan ilanın son günü aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilmiş sayılacağı düzenlenmekle birlikte, 6/A maddesinde sadece malikle- re tebliğ edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

<sup>110</sup> 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, riskli yapı tespit/kabul işleminin e- devlet kapısı üzerinden bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca 3. maddeye göre yapılan riskli yapı tespitle- rinin, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın internet sayfasında on beş gün süreyle ilanı düzenlenmişken, 6/A maddesinde bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır.

<sup>111</sup> 6306 sayılı Kanun m.5/4.



## A. Riskli Yapı Tespitinin Engellenmesi Halinde Kolluk Kuvvetine Başvurulması

### 1. Riskli Yapı Tespitine İlişkin Faaliyetin Hukuki Niteliği

6306 sayılı Kanun'un amacı afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek olarak düzenlenmiştir. Buna göre 6306 sayılı Kanunla can ve mal güvenliği üzerinde olası afetler nedeniyle var olan risklerin ortadan kaldırılması, kentsel alanların ve yapıların planlama ve şehircilik ilkelerine uygunluğunun sağlanması hedeflenmektedir<sup>112</sup>. Bunun yanında sağlıklı ve düzenli bir kentleşmenin olmadığı bir yerde can ve mal güvenliği tehlike altında olan bireylerin, beden ve ruh sağlığının da tehlikede olduğu, dolayısıyla da kentsel dönüşüm uygulamalarının Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının sağlanmasına da yöneldiği belirtilmektedir<sup>113</sup>. 6306 sayılı Kanun'da öngörülen kentsel dönüşüm uygulamasının aşamalarından biri olan riskli yapı tespitiyle, yapının riskli olduğunun belirlenmesi halinde yapının dönüşüm uygulamasına tabi tutulması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla riskli yapı tespiti yapılmasının temel hedefi, ilgili yapının bir afet karşısında can ve mal güvenliğini sağlayamaya yeterli olup olmadığının belirlenmesidir.

İdarenin faaliyetleri, genel olarak kamu hizmeti ve kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Öğretide de kentsel dönüşüm faaliyetlerinin bir kısmının kamu hizmeti niteliğinde olduğu, bir kısmının ise kolluk faaliyeti niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>114</sup>. İdari kolluk, idarenin kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesi amacıyla bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, kamu düzenine aykırı eylem ve durumların gerektiğinde kuvvet de kullanılarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılması anlamına gelmektedir<sup>115</sup>. Bir başka ifadeyle idari kolluk, idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği tüm faaliyetlerdir<sup>116</sup>. Kamu düzeninin unsurlarından birini de güvenlik oluşturmaktadır. Buna göre güvenlik unsuru, bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymamalarını, bir başka ifadeyle bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu anla-

<sup>112</sup> ÜSTÜN, s. 129.

<sup>113</sup> KAPLAN, s. 59.

<sup>114</sup> ÜSTÜN, s. 50-51; KAPLAN, s. 53-61; GÜRSEL, s. 164; AKIN, s. 497.

<sup>115</sup> DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 250.

<sup>116</sup> GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 289.

mına gelmektedir<sup>117</sup>. Bu bağlamda afetlerin olumsuz etkilerinden kaçınmayı sağlayacak veya bu etkiyi azaltacak tedbirler alınması da kamu düzeninin güvenlik unsuru içerisinde yer almaktadır<sup>118</sup>. Dolayısıyla kentsel dönüşüm kapsamında yapılan riskli yapı tespitiyle ilişkin faaliyet, idari kolluk faaliyeti niteliğindedir.

İdari kolluk faaliyeti de kendi içinde genel idari kolluk ve özel idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel idari kolluk, belirli bir faaliyet kategorisi veya belirli grup kişiler hakkında yetkili olan kolluk olarak tanımlanmaktadır<sup>119</sup>. Özel idari kolluk faaliyetleri, amaç, yetkili makam ve uygulanan kolluk usulleri bakımından genel idari kolluktan farklılık göstermektedir<sup>120</sup>. Buna göre kamu düzeninin klasik unsurlarından bir ya da birkaçına yönelik ve farklı bir hukuksal düzene bağlı tutulan bazı faaliyetler de özel idari kolluk kapsamında kalmaktadır<sup>121</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğu da ayrı bir kanunla düzenlenmiş, güvenlik, esenlik-dirlik ve sağlık konularında uzmanlaşmış<sup>122</sup>, riskli yapı tespiti gibi özel usuller öngörülmuş bir özel idari kolluk faaliyeti teşkil etmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki idare, gerekli olan durumlarda kendisine verilen kolluk yetkisi kapsamında kolluk tedbirlerini almakla yükümlü bulunmaktadır<sup>123</sup>. Nitekim idarenin kolluk yetkisi kapsamında gerekli tedbiri almaması neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Dolayısıyla özellikle 6306 sayılı Kanun'un 6/A maddesi kapsamında idareye verilen resen riskli yapı tespit görevinin gereği gibi yapılmaması halinde idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

## 2. Riskli Yapı Tespiti Sırasında Kolluk Kuvvetine Başvurulmasının Şartları

Daha önce bahsedildiği üzere riskli yapı tespiti, yapı maliki veya kanuni temsilcilerden biri tarafından yaptırılabilceği gibi Kentsel Dönüşüm Başkanlığı

<sup>117</sup> GÜNDAY, s. 292.

<sup>118</sup> YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 37. Bunun yanında kentsel dönüşüm uygulamaları kapsamında sağlıklı ve düzenli kentleşmenin sağlanması amacıyla kamu düzeninin güvenlik unsuru dışında, kent planlaması, genel sağlık, dirlik ve esenlik gibi kamu düzeninin diğer unsurlarının da gözetilmektedir (KAPLAN, s. 60-61).

<sup>119</sup> GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku C. II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 499.

<sup>120</sup> OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 554.

<sup>121</sup> ÖZAY, s. 734.

<sup>122</sup> AKIN, s. 536.

<sup>123</sup> GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 497.

<sup>124</sup> AKINCI, Müslüm, **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 125; AKIN, s. 521.

veya idarenin de resen yapması/yaptırması ya da yapı maliki veya kanuni temsilcisine süre vermek suretiyle de yaptırması mümkün bulunmaktadır. Buna göre yapının birden fazla malikinin bulunduğu hallerde ya da idarenin resen veya talebi üzerine riskli yapı tespiti yapılması söz konusu olduğunda yapı maliklerinden bir kısmının riskli yapı tespitine karşı çıkması ve fiilen tespit yapılmasını engellemesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum kentsel dönüşüm sürecinin durmasına veya yavaşlamasına sebep olmaktadır. Bu handikapı ortadan kaldırmak adına da kanun koyucu riskli yapı tespitinde gerektiğinde kolluk gücünün kullanılabilmesini mümkün kılan açık düzenlemeler yapmıştır. Bu bağlamda 2022 yılında 6306 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle, riskli yapı tespitini düzenleyen ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığına resen riskli yapı tespiti yapma yetkisi veren Kanun'un 6/A maddesinin 2. fıkrasına “ve gerektiğinde kilitli olan kapıları açmak veya açtırmak” ibaresi ile “Riskli yapı tespiti yapılmasının engellenmesi durumunda güvenliği sağlamak üzere kolluk kuvvetlerinden destek alınarak tespit yapılır.” cümlesi eklenmiştir<sup>125</sup>. Daha sonra 7471 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle söz konusu 2. fıkranın ilk cümlesi “Bu madde kapsamında riskli yapı tespiti, masrafları Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından karşılanmak ve Başkanlıkça talep edilmesi halinde, mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izne istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak suretiyle Başkanlıkça resen yapılır” şeklinde düzenlenmiştir. Yine 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle ise 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesine 4. cümleden sonra gelmek üzere şu cümle eklenmiştir; “Riskli yapı tespiti yapılmasının engellenmesi durumunda; Başkanlıkça/İdarece talep edilmesi halinde, mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izine istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak suretiyle resen tespit yapılır/yaptırılır.” Bu düzenlemelere göre riskli yapı tespitinin engellenmek istenmesi halinde kolluk kuvvetinden yararlanılarak riskli yapı tespiti yapılması mümkün olacaktır. Bu bağlamda riskli yapı tespiti sırasında kolluk kuvvetinden yararlanılabilmesi için öncelikle bir engelleme olmalı, bu engellenmenin kaldırılması Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından mülki idare amirinden talep edilmeli ve mülki idare amiri yazılı izin vermelidir. Bu noktada kanun koyucu kolluk kuvvetine “kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak” yetkisi de vermiş bulunmaktadır.

Riskli yapı tespiti işlemi sırasında kolluk kuvvetlerinden yararlanılabilmemesinin ilk koşulunu bir engellemeyle karşılaşmış olmak oluşturmaktadır. “Engelleme” kavramının sözlük anlamı “istek, gereksinim veya bir davranışın belli bir

<sup>125</sup> 7410 sayılı Çevre Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.28.

*sonuca ulaşmasının önlenmesi”* şeklindedir<sup>126</sup>. Dolayısıyla riskli yapı tespitinin engellenmesi de riskli yapı tespitine ilişkin raporun hazırlanmasının önlenmesi anlamına gelmektedir. Riskli yapı tespiti, binadan örnek alınmasını gerektirmekte, buna bağlı olarak da rapor hazırlanması söz konusu olmaktadır. İşte bu noktada riskli yapı tespitini istemeyen malik veya kanuni temsilcilerin veya üçüncü kişilerin binadan örnek alınmasına fiilen engel olmak istemesi söz konusu olabilir. Uygulama Yönetmeliğine göre bu fiili engelleme, “*yapıya/bağımsız bölüme girilmesine izin verilmemesi veya yapının/bağımsız bölümün kapılarının kilitlenmesi/açılmaması veya tespit için gelenlerin tehdit edilmesi veya cebir ve şiddet kullanılması gibi fiil ve haller*” şeklinde gerçekleşebilir<sup>127</sup>. Dolayısıyla bu engelleme bir takım icrai hareketlerle olabileceği gibi hareketsiz kalmak suretiyle de gerçekleştirilebilir.

Riskli yapı tespiti sırasında bir engellemeyle karşılaşılması halinde riskli yapı tespiti yapan kurum veya kuruluşun Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idareye durumu bildirmesi gerekmektedir. Bunun üzerine Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare, yapının bulunduğu yerin mülki idare amirinden yazılı olarak izin talep etmelidir. Uygulama Yönetmeliğine göre bu iznin konusunu riskli yapı tespitine ilişkin inceleme yapmak için kolluk kuvveti marifetiyle binanın veya inceleme yapılması gereken bağımsız bölümlere girmek, gerektiğinde kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak hususları oluşturmaktadır<sup>128</sup>. Mülki idare amirinin yazılı olarak izin vermesi durumunda ise mülki idare amiri tarafından belirlenen yeterli kolluk kuvveti marifetiyle riskli yapı tespitinin yapılması söz konusu olabilecektir. Bu noktada kanun koyucu mülki idare amirinin izin vermesinden söz etmektedir. Ancak kanunda hangi hallerde izin verilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Buradan hareketle mülki idare amirinin takdir yetkisinin olduğu, her talebe olumlu yanıt vermek zorunda olmadığı sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte riskli yapı tespiti yaptırılmasına ilişkin gerekliliğin ve riskli yapı tespitine yönelik bir engelleme olduğunun, mülki idare amirine yapılan talepten açıkça anlaşılması halinde mülki idare amirinin bu izni vermek zorunda olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla gerek Kanun’da gerekse de Uygulama Yönetmeliği’nde yer alan düzenlemelerden, riskli yapı tespitinin engellenmesi halinde sadece binanın ortak alanlarına değil, bağımsız bölüm niteliğindeki işyeri veya konutlara da kolluk marifetiyle girilmesi ve gerekli incelemelerin yapılması, örneklerin alınması mümkün ola-

<sup>126</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 22.06.2024.

<sup>127</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/2-(c).

<sup>128</sup> Uygulama Yönetmeliği m.7/2-(c).

bilecektir. Bu durum ise temel hak ve hürriyetlere müdahale anlamına gelmektedir. Zira binanın bağımsız bölümlerine zor kullanılarak girilmesi konut dokunulmazlığına müdahale teşkil etmektedir.

Kanunun izin verdiği hallerde, kamu düzenini tehdit eden eylem ve durumlarda idarenin kendiliğinden harekete geçmesi ve resen icra yetkisini kullanarak kamu düzenini koruması ve bozulduğunda geri getirmesi söz konusu olur<sup>129</sup>. Bununla birlikte kolluk kuvvetiyle karşılaşan kişilerin, idare tarafından alınmak istenen tedbirlere direnmesi halinde, bu direncin kırılması için gerekli ölçüde zor kullanılabilir<sup>130</sup>. Buna göre zor kullanma, kanuna göre yapılması gerekli bir işlemin yerine getirilmesi sırasında, devlet güçlerinin eşya ve kişiler üzerinde amaç ile dengeli ve kanunlara uygun maddi ve manevi güç kullanımınıdır<sup>131</sup>. Zor kullanma yetkisinin, hangi şart ve usullerde kullanılabileceğinin kanunla belirlenmiş olması gerekmektedir<sup>132</sup>. Riskli yapı tespiti bakımından da hem resen tespit yetkisi hem de riskli yapı tespitinin engellenmesi halinde kuvvet kullanma yetkisi verilerek, idareye zor kullanma yetkisi tanınmıştır. Nitekim idari kolluk, önleme ve bastırma görevi kapsamında, önceden bir idari işlem yapmaksızın da bir tehlike veya ihlalin ortadan kaldırılması için zor kullanılabilir<sup>133</sup>. Ancak bu yetki, temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına geldiğinden anayasal sınırlara uygun kullanılmalıdır. Gerçekten de bir afet gerçekleşmeden önce riskli yapıların tespit edilmesi ve kentsel dönüşüm uygulaması yapılması muhtemel can ve mal kayıplarının büyük ölçüde önüne geçecektir<sup>134</sup>. Ancak bu uygulamalar kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili olduğundan, idare mevzuatta öngörülen esas ve usullere azami özen göstermelidir<sup>135</sup>. Ayrıca özellikle zor kullanma yetkisinin kullanıldığı hallerde, ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir<sup>136</sup>. Aksi takdirde idarenin sorumluluğu doğacaktır<sup>137</sup>.

<sup>129</sup> DURAN, s. 273; GÜNDAY, s. 308.

<sup>130</sup> YAYLA, s. 58.

<sup>131</sup> CİN, Onursal, "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 675. İdari kolluk, direnme ve saldırının niteliği ve derecesi dikkate alınarak direnen ya da karşı koyan kişinin etkisiz hale getirilmesi amacıyla zor kullanılabilir. Dolayısıyla kademeli olarak artacak şekilde bedeni kuvvet, maddi güç ve yasal şartlar gerçekleşmişse her çeşit silah kullanma da zor kullanma yetkisi kapsamındadır (OĞURLU, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 73).

<sup>132</sup> YAYLA, s. 59.

<sup>133</sup> OĞURLU, s. 70.

<sup>134</sup> AMIRASLANLI, s. 82.

<sup>135</sup> DURAN, s. 259.

<sup>136</sup> OĞURLU, s. 77; OKAY TEKİNSOY, s. 208.

### 3. Riskli Yapı Tespitine İlişkin Zor Kullanma Yetkisinin Anayasal Sınırları

İdare, kolluk faaliyetleriyle kişilerin faaliyet ve davranışlarını denetlemek, düzenlemekte ve gerektiğinde müdahale etmektedir<sup>138</sup>. Bu durum ise kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu sebeple de kolluk yetkilerinin öncelikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa'nın "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*" başlıklı 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili maddesinde belirtilen sebeple ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca Anayasa'da kanun koyucunun idareye kolluk yetkisi vermesine de bazı anayasal sınırlar getirilmiştir. Buna göre bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir. Anayasanın 13. maddesinde öngörülen bu sınırlama rejiminin yanında Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili maddesinde bazı ek güvenceler öngörülmesi ve bazı temel hak ve özgürlüklerin ise kural olarak idarenin müdahalesine kapalı tutulması da söz konusudur<sup>139</sup>.

Riskli yapı tespitine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, konut dokunulmazlığının, kamu düzenini korumak amacıyla kanunla sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak kolluk yetkileri kapsamında öngörülen hak ve özgürlük kısıtlamalarının, sadece şeklen kanunda öngörülmüş olması yeterli olmayıp, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen esasa yönelik kurallara da uygun olması gerekir. Aksi halde söz konusu sınırlamayı öngören kanun hükmü Anayasaya aykırı olacaktır. Bu bağlamda söz konusu sınırlamanın Anayasa'nın sözü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### a. Anayasa'nın Sözüne Uygun Olmalı

"Anayasa'nın sözü" deyiminden Anayasa metnindeki somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılmaktadır<sup>140</sup>. Ek güvenceler ise temel hak ve hürriyetlere özel ve yoğun bir koruma getiren, kanun koyucunun temel hak ve hürriyeti sı-

<sup>137</sup> İdari kolluğun hukuka aykırı olarak cebir kullanması nedeniyle bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilmesi halinde fiili yol ortaya çıkacağı hakkında bkz. GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 632.

<sup>138</sup> GÜNDAY, s. 309; YAYLA, s. 50.

<sup>139</sup> ULUSOY, Ali D., *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 584-585.

<sup>140</sup> TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 160.

nırlandırırken dokunamayacağı alanlardır<sup>141</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere riskli yapı tespiti sırasında kolluk kuvvetine başvurulması, kapalı kapıların/alanların açılması ve bağımsız bölümlere girilebilmesi kişilerin konut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşımaktadır. Konut dokunulmazlığı bakımından da Anayasa'nın 21. maddesinde<sup>142</sup> bu şekilde ek güvenceler öngörülmüştür<sup>143</sup>. Buna göre kural olarak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinin bir veya birkaçının varlığı halinde sadece hâkim kararı olması halinde konuta girilebilmesi mümkün bulunmaktadır. Bunun yanında söz konusu sebeplere bağlı olmak kaydıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle konuta girilebilir. Ancak bu halde yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulması gereklidir.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin konut dokunulmazlığı hakkı ile ilgili vermiş olduğu yakın tarihli kararları da yüksek mahkemenin yaklaşımını göstermesi bakımından yol gösterici nitelik taşımaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme<sup>144</sup> yapabilmesine ilişkin kuralda yer alan "... bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir," ibaresinin iptali istemini incelediği kararında, söz kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında "... Kurul emrinde çalışan uzmanlar eliyle ve incelemenin konusu ile amacını gösteren bir yetki belgesi ibrazı suretiyle yapılacaktır. Yine anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre yerinde incelemenin engellenmesi veya engelleme olasılığının doğması hâlinde yerinde inceleme ancak sulh ceza hâkiminin kararı ile

<sup>141</sup> GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 362.

<sup>142</sup> Anayasa m.21: "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

<sup>143</sup> Konut dokunulmazlığı hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kişilerin özel hayatının ve aile hayatının en yoğun şekilde gerçekleştiği yer kişilerin konutlarıdır. Dolayısıyla konuta yapılacak olan müdahaleler, özel hayatın gizliliği gibi diğer hakları da yakından ilgilendirmektedir (OLCAY, Suphan, "Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 6, S. 1, s. 234).

<sup>144</sup> 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca bu inceleme sırasında teşebbüslerin defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini incelemesi; bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alması, belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama istemesi ve teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin olarak mahallinde inceleme yapılması mümkündür.

*mümkün olup Kurulun kendiliğinden zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır.*” şeklinde gerekçeye de yer vermiştir<sup>145</sup>. Daha sonra bireysel başvuruya konu bir olayda ise Rekabet Kurumu tarafından 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca başvuru şirketin işyerinde “yerinde inceleme” yapılmış ve başvuru şirket personelinin bilgisayarından elektronik posta yazışmalarıyla ilgili belgeler alınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise işyerinin herkese açık olmayan bölümlerinin konut kavramı kapsamına girdiğini belirledikten sonra, 4054 sayılı Kanun’da Rekabet Kurumu yetkililerine hâkim kararı olmadan konut sayılan alanlara girebilme yetkisi tanındığını, Anayasa’nın 21. maddesinde öngörülen güvencenin, kamu görevlilerinin kişilerin konutlarına rızaları dışında girmek istediği her durumu kapsadığını belirtmiştir. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi, hâkim kararı olmaksızın Rekabet Kurulu kararıyla yerinde inceleme yapılması yoluyla konuta girilebilmesini düzenleyen kuralın Anayasa’nın 21. maddesinde yer alan ek güvencelere aykırı olduğu sonucuna varmış ve ihlal kararı vermiştir<sup>146</sup>. Buna göre Anayasa Mahkemesi, norm denetimine ilişkin olan kararında yetkili olan kamu görevlilerinin konuta hâkim kararı olmaksızın girmesini Anayasaya aykırı bulmamış, sadece konut sahibinin engellemesi veya engelleme ihtimali olması halinde hâkim kararı aranmasını yeterli görmüşken, bireysel başvuruya ilişkin kararında ise kamu görevlilerinin kişilerin konutuna rızaları dışında girdiği her durumda hâkim kararı aranması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruya ilişkin kararındaki yaklaşımın daha isabetli olduğu görülmektedir. Zira Anayasa belirli sebeplerin varlığı halinde ve hâkim kararıyla konuta girilebilmesini mümkün kılmıştır. Bir başka ifadeyle salt bir idari kararla idarenin görevlilerinin konuta girebilmesine imkân vermemiş, bu alanı idarenin müdahalesine kapalı tutmuştur. Nitekim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi, belli bir süre içinde hâkim kararı alınmasını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla hâkim kararı olmaksızın, idari kolluk yetkisi kapsamında konuta girilmesi halinde Anayasaya aykırılık oluşacaktır.

6306 sayılı Kanun’un hem 3. maddesinin 1. fıkrasında hem de 6/A maddesinin 2. fıkrasında, riskli yapı tespitinin engellenmesi halinde, hâkim kararı olmaksızın, mülki idare amirinin yazılı iznine istinaden kolluk kuvveti kullanılarak konutlara girilmesi ve riskli yapı tespiti için gerekli olan örneklerin alınması

<sup>145</sup> AYM E. 2020/67, K. 2022/139, T. 09.11.2022 §51 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>146</sup> Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2023, §56-68) Kararın karşıoy gerekçesinde ise yerinde incelemenin kanuni bir dayanağının bulunduğu, ilgili kanunun amacı doğrultusunda bu işlemin yapıldığı, bu sebeple bu işlemin konut dokunulmazlığını ihlal şeklinde değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir (Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23/3/2023, Karşıoy Gerekçesi §14) (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).



mümkün kılınmıştır. Söz konusu kuralları, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yetkili merci kararı kapsamında konuta girilmesi kapsamında da değerlendirilmeye imkân bulunmamaktadır. Şöyle ki, böyle bir durumda da yetkili mercii kararının yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulması gereklidir. Ancak 6306 sayılı Kanun'da böyle bir hüküm düzenlenmemiştir. Diğer yandan Anayasa'da zikredilen "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kavramı, zarar verme ihtimali olan olayın başladığı ya da yakında başlaması ihtimalinin güçlü olduğu tehlike anlamına gelmektedir<sup>147</sup>. 6306 sayılı Kanun kapsamında öngörülen afet kavramının ise en azından 6/A maddesi kapsamı dışında kalan yapılar bakımından böylesine bir yakın tehlikeyi barındırmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira yakın tehlikenin varlığının somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Ayrıca Anayasada istisna olarak öngörülen bir durumun, kanunla genel kural haline getirilmesi de Anayasa'nın sözüne uygun olmayacaktır. Bu sebeple söz konusu kanun hükümleri, Anayasa'nın 21. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bununla birlikte öğretilde, riskli yapıların kişilerin hayatını tehdit etmesi olgusundan hareketle, konut hakkı ve özel yaşama saygı haklarıyla yaşam hakkı arasında bir çatışmanın söz konusu olduğuna da dikkat çekilmektedir<sup>148</sup>. Kuşkusuz bu durumda insan hayatının korunmasının diğer hakların korunması karşısında ağır bastığı da söylenebilecektir<sup>149</sup>. Ancak kanun koyucunun yaşam hakkını gerekçe göstererek, diğer hakların Anayasal güvencelerden mahrum bırakılmasına yönelik düzenleme yapabilmesi de hukuken kabul edilebilir değildir<sup>150</sup>. Dolayısıyla olması gereken, Anayasa'nın 21. maddesine uygun şekilde, riskli yapı tespiti yapılması için konuta girilmesi gerekli olan hallerde hâkim kararı alınmasıdır<sup>151</sup>. Riskli yapı tespitinin yapılması bakımından gecikmesinde sakınca olan hallerde ise yetkili merci tarafından verilen karar bakımından yirmidört saat içinde hâkimin onayının alınması gerekli olmalıdır<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> OĞURLU, s. 86.

<sup>148</sup> ÜSTÜN / BULUT, s. 18.

<sup>149</sup> ÜSTÜN / BULUT, s. 18.

<sup>150</sup> ŞAHİN, s. 63. İnsan haklarının bütünlüğü ilkesi uyarınca bir hakkın diğer haklar karşısında üstünlüğü veya tercih önceliğinin olamayacağı, hakların değer ve işlev yönünden birbirine eşit olduğu hakkında bkz. KALABALIK, s. 50.

<sup>151</sup> Riskli yapı tespiti bakımından kolluk kuvvetinin adli kolluk olarak görev yapmasının daha yerinde olacağı da belirtilmektedir (ÜSTÜN / BULUT, s. 19-20).

<sup>152</sup> Öğretilde de 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan düzenlemenin mahiyeti itibarıyla riskli yapı tespitleri bakımından örnek alınabileceği, yapının riskli olduğunun somut bir veriye dayalı olarak ihbar edildiği durumlarda, daha sonra hâkim onayına sunulmak üzere savcılık kararıyla riskli yapı tespitinin

Bu noktada yargının iş yükü ve yargının karar verme sürecinin uzunluğunun riskli yapı tespit sürecini uzatacağı ve 6306 sayılı Kanun ile ulaşılmak istenen amacı sağlamayacağı da ifade edilmektedir<sup>153</sup>. Bunun yanında uygulamada hâkimlerin savcılarca talep edilen konut ve özel araçların aranması gibi konularda makul şüphe ve somut belirtilerin olup olmadığını değerlendirmeksizin, adeta otomatik olarak izin verildiği de belirtilmektedir. Bu durumun altında ise yine yargının iş yoğunluğu, kolluk kuvvetlerine olan güven veya güvenlik riskinin telafisi güç niteliğinin olduğu ifade edilmektedir<sup>154</sup>. Ancak böyle bir uygulama, Anayasa’da öngörülen müdahalenin hâkim kararına dayanması güvencesini anlamsız hale getirecektir<sup>155</sup>. Bununla birlikte Devletin söz konusu süreçleri, gecikmeye mahal vermeyecek şekilde ve anayasal esaslara göre yürütmek üzere gerekli yargı teşkilatını kurma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Dolayısıyla 6306 sayılı Kanun’da yer alan riskli yapı tespit usulünün, Anayasa’nın 21. maddesine uygun şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

### ***b. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere ve Ölçülülük İlkesine Uygun Olmalı***

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamanın zorunlu ve istisnai tedbir niteliğinde olmasını gerektirdiğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, “*bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olması*” anlamına gelmektedir. Demokratik toplum ise kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en geniş şekilde güvence altına alındığı düzeni ifade etmektedir. Bu kapsamda devletin, temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya bunlara demokratik toplum düzeni ile bağdaşmayacak şekilde müdahale teşkil edecek tutumlardan kaçınması ve başkalarından gelebilecek tehditlere karşı bireyi koruması gerekmektedir<sup>156</sup>.

Buna göre 6306 sayılı Kanun’un 6/A maddesinde yer alan resen riskli yapı tespit ve gerektiğinde kolluk kuvvetine başvurma yetkisinin, yıkılacak derecede

yapılabileceği, binalar bakımından belli bir sırayla olağan olarak yapılan tespit halinde hâkim kararının varlığının aranabileceği ifade edilmektedir (ÜSTÜN / BULUT, s. 19).

<sup>153</sup> ÜSTÜN / BULUT, s. 18.

<sup>154</sup> ULUSOY, s. 586.

<sup>155</sup> ULUSOY, s. 586.

<sup>156</sup> AYM E. 2017/21, K. 2020/77, T. 24.12.2020, §44-45 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, yangın gibi afetler veya patlama gibi olaylar neticesinde ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesi ve böylelikle can ve mal güvenliğinin sağlanması için yapıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin temel amacını insan hayatı için risk arz eden yapıların mevcudiyeti halinde bu riskin bir an önce ortadan kaldırılması oluşturmaktadır.<sup>157</sup> Böyle bir tespitinin öncelikle ve hızlı yapılmasının bir gereklilik olduğu ve demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyaca karşılık geldiği açıktır.

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ise genel olarak riskli yapı tespitine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Anılan hükmün 1. fıkrasına göre riskli yapı tespitinin "öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri" tarafından yaptırılması gerekmektedir. Ayrıca Kentsel Dönüşüm Başkanlığı/idarenin yapı malikine riskli yapı tespiti için süre vermesi, verilen süre içinde riskli yapı tespitinin yaptırılmaması halinde Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından da riskli yapı tespiti yaptırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla kanun koyucunun, riskli yapı tespiti bakımından aşamalı bir usul öngördüğü, burada da yapı malikinin iradesini ön planda tuttuğu görülmektedir. Ancak 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, 7471 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yapılan değişiklikle birlikte Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın/idarenin yapı malikine veya kanuni temsilcisine süre vermeksizin doğrudan riskli yapı tespiti yaptırması da mümkün hale gelmiştir. Kişilerin konutları, anayasal dokunulmazlık güvencesine sahip olduğundan, idari kolluğun müdahale edemeyeceği yerler arasındadır. Bu güvencenin gerekçesini ise konutların bireylerin iç yaşantısını barındırması ve maddi kamu düzenini bozacak bir nitelik taşımaması oluşturmaktadır.<sup>158</sup> Buna göre idari kolluğun, kişilerin konutuna sadece dışarıya yansıyan eylem ve durumlar bakımından müdahale edebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>159</sup> Bir binanın riskli olmasının ise sadece binanın herhangi bir bağımsız bölümünde yaşayanları değil, binada yaşayan herkes bakımından tehlike oluşturduğu gibi binanın çevresindeki kişilerin can ve mal varlığı bakımından da bir tehlike oluşturması söz konusudur. Dahası ülkemizin deprem gerçeği karşısında, kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması için idarenin hızlı hareket etmesine imkân sağlanmak istenmesi kabul edilebilir bir gerekçedir. Dolayısıyla Kentsel Dönü-

<sup>157</sup> ÜSTÜN / BULUT, s. 18.

<sup>158</sup> DURAN, s. 254.

<sup>159</sup> AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1031.

şüm Başkanlığına, 6/A maddesi kapsamına girmeyen binalar bakımından resen riskli yapı tespiti ile gerektiğinde kolluk kuvvetine başvurma yetkisi verilmesinin de demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyaca karşılık geldiği kabul edilebilir.

Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesi yönünden de incelenmesi gerekmektedir. Buna göre ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi mevcuttur. Anayasa Mahkemesine göre elverişlilik, “*öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını*”; gereklilik, “*ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını*”; orantılılık ise “*hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini*” ifade etmektedir<sup>160</sup>. Buna göre orantılılık ilkesi gereğince, sınırlamada başvuru aracın, sınırlama amacıyla kıyaslandığında aşırıya kaçmaması gerekmektedir<sup>161</sup>.

6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinde, hangi ölçüte göre hangi yapılar bakımından riskli yapı tespitinin resen yapılabilmesi düzenlenmiştir. Bu durumda riskli alan içinde veya dışında olan tüm binalar bakımından Kentsel Dönüşüm Başkanlığı’nın veya idarenin bu yetkiye sahip olması söz konusudur. Ancak böylesine geniş bir yetkinin kullanım şartlarının belirlenmemiş olması uygulamada belirsizlik ve keyfiyete yol açabilecek nitelik taşımaktadır. Nitekim 6306 sayılı Kanun’un 6/A maddesi uyarınca insan hayatı için risk taşıdığı açıkça ortaya konan alanlardaki riskli yapı tespitleri dışında, 6306 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasında riskli yapı tespiti bakımından maliklerin iradesine öncelik verilmesine, yine devamında Başkanlığın/idarenin malike riskli yapı tespiti için süre vermesi ve bu süre içerisinde malik tarafından riskli yapı tespiti yaptırılmaması halinde Başkanlığın/idarenin resen riskli yapı tespiti yapmasının mümkün olmasına karşın Kentsel Dönüşüm Başkanlığına ve idareye bu usulü işletmeksizin doğrudan riskli yapı tespiti yapma yetkisi verilmesi, sınırlama amacını aşmakta ve kişilerin haklarıyla devletin müdahalesi arasındaki makul dengeyi bozmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle söz konusu hükmün ölçülülük ilkesine uygun olmadığı düşünülmektedir.

<sup>160</sup> AYM E. 2017/21, K. 2020/77, T. 24.12.2020, §49 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>161</sup> GÖZLER, *İnsan Hakları*, s. 372.

## B. Riskli Yapı Tespitine Engel Olanların Cezai ve Disiplin Sorumluluğu

6306 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrasında “*Riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerlendirme işlemlerini engelleyenler hakkında, işlenen fiil ve hâlin durumuna göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Riskli yapıların tespiti, bu yapıların tahliyesi ve yıktırılması iş ve işlemlerine dair görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında, tabii oldukları ceza ve disiplin hükümleri uygulanır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre hem riskli yapı tespitini engelleyen kamu görevlisi olmayan kişiler hem de riskli yapı tespitine ilişkin görevlerini yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından ceza hukuku bakımından sorumluluk düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralla, yeni bir suç türü düzenlenmediği, suç duyurusu yapılmasına ilişkin düzenleme yapıldığı ve daha önce kanunla düzenlenmiş olan suç tiplerine atıf yapıldığı gerekçesiyle anayasaya aykırılık iddialarını yerinde bulmamıştır<sup>162</sup>.

Kanun koyucu riskli yapı tespiti yapılıp yapılmaması hususunda malikler arasında anlaşmazlıkların çıkabileceği ve riskli yapı tespitinin malik veya üçüncü kişilerce engellenebileceğinden hareketle, bu tür fiillerin Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında cezalandırılması amacıyla bu kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulacağını düzenlemiştir<sup>163</sup>. Dolayısıyla riskli yapı tespitinin engellenmesi durumuyla karşılaşan Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından suç duyurusunda bulunulması gerekir. Ayrıca riskli yapı tespiti talebinde bulunan malik ve lisanslı kurum ve kuruluşu da suç duyurusunda bulunabilir<sup>164</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de söz konusu fiillerin, TCK'nın 265. maddesi uyarınca “görevi yaptırmamak için direnme” suçunu oluşturacağını belirtmiştir<sup>165</sup>.

Diğer yandan, riskli yapı tespiti yapmakla görevli olan kamu görevlilerinin, görevlerinin gereklerini yerine getirmemesi halinde, bu görevliler hakkında da ilgili ceza ve disiplin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Kamu görevlilerinin görevin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde ise TCK'nın 257. mad-

<sup>162</sup> AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

<sup>163</sup> SÖNMEZ, s. 176-177.

<sup>164</sup> SÖNMEZ, s. 177.

<sup>165</sup> AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014. Bununla birlikte TCK'nın 265. madde hükmünün kamu görevlilerine karşı işlenen suçlarla ilgili olduğu, oysa ki riskli yapı tespitine kamu görevlisi olmayan kişilerin de katılmasının mümkün olduğu, 6306 sayılı Kanun'da bu kişilerin kamu görevlisi sayılacağına dair bir hüküm de yer almadığı gerekçeleriyle söz konusu kararın eksik incelemeye dayandığı ifade edilmiştir (SALTIK, s. 242).

desinde düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma” suçunun oluşacağı kabul edilmektedir<sup>166</sup>. Bunun yanında kamu görevlileri hakkında ayrıca başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, tabi oldukları kanunlardaki ilgili disiplin hükümlerinin de uygulanması söz konusu olacaktır.

## SONUÇ

6306 sayılı Kanun’da düzenlenen kentsel dönüşüm uygulamasının temel kavramlarından biri riskli yapıdır. Bir yapının riskli olduğunun tespiti, yapının kentsel dönüşüm uygulamasına tabi tutulması anlamına geldiğinden, dönüşüm uygulamaları bakımından ilk basamağı da teşkil etmektedir. Bu noktada kanun koyucu riskli yapı tespitinin öncelikle yapı malikleri tarafından yaptırılması esasını benimsemiştir. Bununla birlikte önce 2019 yılında 6306 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesiyle idareye bu konuda resen harekete geçme yetkisi verilmiş, 2023 yılında yapılan değişiklikle ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve Kanun uyarınca yetki devri yapılan idareye malike süre vermeksizin doğrudan riskli yapı tespiti yapmak konusunda da yetki tanınmıştır. Bunun yanında riskli yapı tespiti sırasında engellemeyle karşılaşılması halinde, mülki idare amirinin yazılı izniyle kolluk kuvvetlerinden yararlanılarak yapının bağımsız bölümlerine girme ve tespit için gerekli örnekleri alma yetkisi de düzenlenmiştir.

Ülkemizin yaşamış olduğu afetler ve gerçekleşen can ve mal kayıplarıyla birlikte herhangi bir afet olmaksızın dahi kendiliğinden çöken yapıların mevcudiyeti, bu konuda kamu gücünün devreye girmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ancak kentsel dönüşüm faaliyetlerinin temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale teşkil etmesi, burada çok hassas bir dengenin sağlanması gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun’un öngördüğü esastan ayrılarak, 6/A maddesi kapsamına giren alanlar dışındaki yapılarda, herhangi bir kriter koymaksızın Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve Kanun’da belirtilen idarelere resen riskli yapı tespiti yapma konusunda yetki verilmesinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı düşünülmektedir.

Diğer yandan, kanun koyucu riskli yapı tespitinin engellenmek istenmesi halinde kolluk kuvvetinden yararlanılarak, kapalı kapıları açmak veya açtırmak suretiyle riskli yapı tespiti yapılmasını mümkün kılmıştır. Buna göre riskli yapı tespiti sırasında kolluk kuvvetinden yararlanılabilmesi için öncelikle bir engel-

<sup>166</sup> “Kamu görevlilerinin görevin gereklerine aykırı hareket etmelerine ilişkin cezai hüküm, “görevi kötüye kullanma” suçuna ilişkin 5237 sayılı Kanun’un 257. maddesinde kapsamında düzenlenmiş ve orada suçun tüm unsurları ile yaptırımına yer verilmiştir.” AYM E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014. Ayrıca bkz. SÖNMEZ, s. 177-178.

leme olmalı, bu engelleme kaldırılması Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya idare tarafından mülki idare amirinden talep edilmeli ve mülki idare amiri yazılı izin vermelidir. Riskli yapı tespiti yapılması idarenin idari kolluk faaliyeti kapsamına girmektedir. Kolluk faaliyetinin niteliği gereği de idareye zor kullanma yetkisi verilebilir. Ancak Anayasa'nın 21. maddesine göre kural olarak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinin bir veya birkaçının varlığı halinde sadece hâkim kararı olması halinde konuta girilebilmesi mümkün bulunmaktadır. 6306 sayılı Kanun'da ise mülki idare amirinin yazılı izniyle konuta girilmesinin mümkün kılınması Anayasanın lafzına aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla ilgili hükümlerin Anayasaya uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bunun yanında, riskli yapı tespit işleminin, merkezi nüfus kayıt sistemi üzerinden aynı ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapılması yerine, riskli yapı tespit işleminin yapıya asılması, muhtarlıkta ilan ve e-Devlet kapısı üzerinden bildirim esasını benimsenmiştir. 6306 sayılı Kanun'da 7471 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle riskli yapı tespit işlemlerinin, tebliğin yapılamaması veya geç yapılması nedeniyle itiraz ve dava yoluna uzun süre sonra başvurulması sebebiyle sürecin uzaması önlenerek, riskli yapı tespit işleminin bir an önce kesinleştirilmesi ve kentsel dönüşüm sürecinin diğer aşamalarına geçilmesi hedeflenmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere ilişkin dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağını düzenleyen kural, kişilerin hak ve çıkarlarının korunmasını ve yargısal denetim yoluyla hak arama özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Dolayısıyla yazılı bildirim, dava hakkının etkin şekilde kullanılmasına imkân verecek şekilde yapılması gerekir. Bu noktada adresin bilinmemesi veya malikin yazılı bildirim yapılmasından kaçınması gibi hallerde adrese tebligat usulü yerine farklı bir usul kabul edilebilir. Ancak böyle bir ayırım yapılmaksızın, tüm riskli yapı tespitleri bakımından ilan yoluyla tebliğ uygulanması, maliklere orantısız bir külfet yüklemektedir. Ayrıca Uygulama Yönetmeliği EK-6'daki 6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Olarak Tespit Edilen Yapılara İlişkin Tebligat Tutanağı'nda yer alan dava açma süresinin başlangıcına ilişkin ifadeler, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında düzenlenen dava açma süresinin tebliğ tarihinden itibaren başlamasını öngören kuralla çelişmektedir. Dolayısıyla riskli yapı tespitine ilişkin itiraz sürecinin ve itirazın dava açma süresine etkisinin 6306 sayılı Kanun'da açık şekilde düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

AÇAR, Emre, “6306 sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapı Kavramı”, **TAAD**, 2024, Y. 15, S. 57, s. 225-246.

AKBEY ERDİDAL, Didem, **Riskli Alan- Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

AKIN, Yeliz Neslihan, “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kolluğu”, **SDÜHFD**, 2021, C. 11, S. 2, s. 491- 576.

AKINCI, Müslüm, **Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2023.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2023.

AMIRASLANLI, Nijat, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz”, **TAAD**, 2023, Y. 14, S. 53, s. 81-114.

ARSLAN, Nurcan, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler”, **TAAD**, 2021, Y. 12, S. 47, s. 347-371.

AYANOĞLU, Taner, **Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

BİLGİN, Hüseyin / SEZER, Yasin, **Açıklamalı İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

CİN, Onursal, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 665-686.

ÇAKIR, Hüseyin Melih / ÜLKER, Barış, “6306 sayılı Kanun Kapsamındaki Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2021, C. 27, S. 2, s. 1066-1106.



- ÇAPTUĞ, Mehpere, **İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇINAR, Halil Burak, “Kentsel Dönüşümde Riskli Yapı Kavramı ve Riskli Yapının Unsurları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2018, C. 92, S. 6, s. 196-200.
- DEMİRKOL, Selami / BEREKET BAŞ, Zuhul, “Kentsel Dönüşümün, 6306 sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması”, **TBB Dergisi**, 2013, S. 108, s. 23-70.
- DORU, Seyit Rasim. “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a İlişkin Değerlendirme.” **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Cenk Şahin, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 259 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-9/1>, E.T. 05.06.2024.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku C. II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- GÜNDÜZ, F. Ebru, **İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GÜRSEL, Esin, **Kentsel Dönüşüm 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- İLGEZDİ, Ali Rıza, **Adım Adım Kentsel Dönüşüm**, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- İNAL, Emrehan, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KALABALIK, Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- KAPLAN, Onur, **İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KARADABAĞ, Hakan, **Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KAVRAMAZ, Nihat, “Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapıların Tabi Olduğu İdari İşlemin Hukuki Rejimi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- KİSBET, İshak Kamil, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti”, **Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.

- MALBELEĞİ, Nida. “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul).” **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Cenk Şahin, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 343 (çevrimiçi) <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-11/1>, E.T. 05.06.2024.
- OĞURLU, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- OLCAY, Suphan, “Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 6, S. 1, s. 225-263.
- ÖZAY, Osman Levent / DEMİRBAŞ, Feride, “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 8, S. 2, s. 217-246.
- ÖZDEMİR, Halit Eyüp / KOÇ, Melih, “6306 sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 4, S. 2, s. 19-42.
- ÖZSUNAY, Ergun, **6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- SALTIK, Şenol, **Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- SÖNMEZ, Muhammet, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Cenk, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme).” **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Haz. Melikşah Yasin, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 63 (çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/kentsel-donusum-hukuku-18/1>, E.T. 05.06.2024.
- ŞİMŞEK, Suat / HAZAR, İlhami, **İmar Davaları Rehberi**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ŞİMŞEK, Suat, **Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- ULUSOY, Ali D., **Türk İdare Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ÜSTÜN, Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- ÜSTÜN, Gül / BULUT, Ali, “Kanun Koyucunun Amacı Bağlamında 7471 Sayılı Kanunun Öngördüğü Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Öneri Dergisi**, 2024, C. 19, S. 61, s. 1-25.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- YAZICI, Gün, **Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- YILDIRIM, Turan / FİŞ ÜSTÜN, Gül, **Açıklamalı- Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YURTCANLI, Seda, “Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, 2013, C. 2, S. 4, s. 316-358.



# Türk ve Kanada Hukukunda İradi Sarhoşluğun Ceza Sorumluluğuna Etkisi<sup>(\*)</sup>

The Effect of Voluntary Intoxication on Criminal Liability in the  
Turkish and Canadian Law

Derya TEKİN<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Kusur yoksa ceza sorumluluğunun da olmayacağı şeklindeki temel adalet ilkesinin iradi olarak alınan alkolün etkisiyle suç işlenmesi hallerinde nasıl uygulanacağı tartışmalı bir ceza hukuku sorunudur. Kişinin kendisini suç işlemeye hazır hale getirmek ya da kendisine bir cezasızlık nedeni yaratmak amacıyla iradi olarak alkol aldığı ve sarhoşluğun etkisiyle suç işlediği tasarlanmış sarhoşluk halinin kusur yeteneğini etkilemediği ve bu kabulün kusur ilkesi ile çatışmadığı kabul edilmektedir. Fakat kişinin bir suç işleme kastı veya öngörüsü olmaksızın sarhoş olduğu hallerde ceza sorumluluğunun nasıl ele alınacağı, ülkelerin hukuk sistemlerine ve suç politikalarına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Kara Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği Türkiye ile *Common Law* sisteminin benimsendiği Kanada bu konu bakımından karşılaştırma yapmaya elverişli iki ülke olarak görülebilir. Çünkü Türk Ceza Kanunu iradi sarhoşluğun her türü bakımından kusur yeteneğinin etkilenmeyeceğini katı bir şekilde ortaya koyarken, Kanada Ceza Kanunu yıllar içerisinde belirli ölçütlerin geliştirildiği ve denendiği daha esnek bir yapı göstermiştir. Bu noktada Kanada Yüksek Mahkemesi'nin aşırı sarhoşluğun neden olduğu otomatizm durumuna yönelik içtihatları özellikle dikkat çekicidir. Bu çalışmada bu iki ülkenin iradi sarhoşluğun etkisiyle suç işleyen faillerin ceza sorumluluğuna yönelik hüküm ve uygulamalarının kusur ilkesi ile ne ölçüde bağdaşır olduğu incelenmiştir.

## Anahtar Kelimeler:

Türk Hukuku, Kanada Hukuku, İradi Sarhoşluk, Kusur, Otomatizm.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.09.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545348>

Bu makaleye atf için: TEKİN, Derya, “Türk ve Kanada Hukukunda İradi Sarhoşluğun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *İMHPD*, C. 9, S. 2, 2024, s. 513-547

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: derya.tekin@medeniyet.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9877-8336>

**Abstract:**

“No criminal liability without fault” is a fundamental principle of justice. The application of this principle in cases where a crime is committed under the influence of voluntary intoxication is a controversial issue. If a person voluntarily consumes alcohol in order to make himself ready to commit a crime or to create an excuse for impunity and commits a crime under the influence of intoxication, it is accepted that such state of intoxication does not affect the criminal capacity and this acceptance does not conflict with the principle of fault. However, how criminal liability is handled in cases where a person is intoxicated without the intent or foresight to commit a crime varies depending on the legal systems and crime policies of the countries. Turkey, where the Continental European legal system is adopted, and Canada, where the Common Law system is inherited, can be seen as two countries that are suitable for comparison in this regard. While the Turkish Criminal Code rigidly stipulates that criminal capacity will not be affected for all types of voluntary intoxication, the Canadian Criminal Code has shown a more flexible structure in which certain criteria have been developed and tested over the years. At this point, the decisions of the Supreme Court of Canada on automatism caused by extreme intoxication is particularly noteworthy. In this study, the relevant provisions and practices of these countries are examined in terms of compliance with the principle of fault.

**Keywords:**

Turkish Law, Canadian Law, Self-Induced Intoxication, Fault, Automatism.

**GİRİŞ**

İradî olarak alınan alkolün ceza sorumluluğuna etkisi güncelliğini koruyan önemli bir ceza hukuku konusudur. Türk hukukunda iradî sarhoşluğun kusur yeteneğini kaldıran bir hal olarak kabul edilmeyeceği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda<sup>1</sup>, iradî sarhoşluk türleri arasında bir fark gözetilmeksizin, açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Diğer taraftan, iradî sarhoşluğun ceza sorumluluğuna nasıl etki edeceği konusundaki tartışmalar Kanada hukukunda ve bu ülkenin yargı içtihatlarında yakın zamana kadar güncelliğini korumuştur. Esasen Kanada ceza hukukunda da iradî sarhoşluk kural olarak ceza sorumluluğunu kaldırmaz. Fakat iradî olarak alınsa dahi, alkolün yol açtığı aşırı sarhoşluk nedeniyle otomatizm (*automatism*) denilen bir durum içinde hareket eden faillerin ceza sorumluluğunun belirli suçlarda ve belirli şartlarda kalkabileceği görülmektedir.

Sanığın zihninin eylemleriyle ilişkilendirilemediği dissosiyatif bir durumda hareket etmesi olarak tanımlanan otomatizm, eylemin suç teşkil etmesi için gerekli olan iradî (*voluntary*) olma gerekliliğini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle bir *Common Law* savunması (*defence*)<sup>2</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>3</sup>. Kanada Yük-

<sup>1</sup> RG. 12.10.2004, S. 25611.

<sup>2</sup> Kanada’da mazeret nedenleri (*excuses*) ile hukuka uygunluk nedenlerinin (*justifications*) ve hatta otomatizm gibi suçun unsurlarına etki eden bazı durumların savunma (*defence*) kavramı altında toplandığı görülmektedir. Kanada’da savunmalar Ceza Kanunu’ndan (m.30-45) ve *Common Law*’dan kaynaklanmak-

sek Mahkemesi (*The Supreme Court of Canada*) 2022 yılı mayıs ayında Kanada Ceza Kanunu'nun 33.1 maddesinin, fiziksel ve cinsel saldırı gibi şiddet içeren suçlarda, makul bir kişinin şiddet içeren bir kontrol kaybını ya da bir diğer deyişle otomatizm riskini öngöremeyeceği durumlarda bile, iradi aşırı sarhoşluğu bir savunma olarak kullanma imkânını reddettiğini tespit etmiş ve maddeyi hükümsüz kılmıştır<sup>4</sup>. Mahkeme, aynı zamanda aşırı sarhoşluk yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunduğu *R v. Chan*<sup>5</sup>, *R. v. Sullivan*<sup>6</sup> ve *R v. Brown*<sup>7</sup> davalarındaki ilk derece mahkemesi beraat kararlarını onamıştır. Bunun üzerine Kanada Parlamentosu, Kanada Ceza Kanunu'nun 33.1 hükmünü yeniden düzenlemiş ve aşırı sarhoşluk halinde işlenen şiddet suçlarında da otomatizmin bir savunma olarak kullanılabilmesi için gerekli olan şartları belirlemiştir.

Türkçeye ortak hukuk ya da örfî hukuk olarak da çevrilen *Common Law*'un<sup>8</sup> uygulandığı Kanada'da iradi sarhoşluk, Türk hukukunda gündeme gelmeyen otomatizm kavramı üzerinden tartışılmaktadır. Bu çalışma Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen Türk hukukunda, ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği katı bir şekilde düzenlenmiş olan iradi sarhoşluğun, Kanada hukukundaki ele alınışını karşılaştırmalı bir şekilde ortaya koymayı amaçlamaktadır. Kanada hukuk sisteminde Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kararları bütün mah-

tadır. Kanada Ceza Kanunu m.8(3) uyarınca, “Herhangi bir durumu bir eylem için gerekçe veya mazeret ya da bir suçlamaya karşı savunma haline getiren tüm *Common Law* kural ve ilkeleri, bu Yasa veya başka bir Parlamento Yasası tarafından değiştirilmedikleri veya bu Yasa veya başka bir Parlamento Yasası ile tutarsız olmadıkları sürece, yürürlükte kalmaya devam eder ve bu Yasa veya başka bir Parlamento Yasası kapsamındaki bir suç için yapılan yargılamalarda uygulanır”. Bkz. **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 8(3)**.

<sup>3</sup> CHILD, JJ / REED, Alan, “Automatism is Never a Defence”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Y. 2014, C. 65, S. 2, s. 167-186, s. 168; GLANCY, Graham / PATEL, Kiran / HEINTZMAN, Marissa / SCHNEIDER, Richard M., “An International Comparison and Review of Self-Induced Intoxication Causing Automatism”, **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, Y. 2023, C. 51, S. 3, s. 401-410, s. 402; GRANT, Isabel / SPITZ, Laura, “Criminal Law-Defences-Automatism - Accused Killing While Sleepwalking - Acquittal or Not Guilty by Reason of Insanity: R. v. Parks”, **The Canadian Bar Review**, Y. 1993, C. 72, s. 224-262, s. 225. Otomatizmin İngiliz ve Galler hukukunda nasıl ele alındığına dair detaylı inceleme için bkz. MADEN, Mehmet, “İngiltere ve Galler’de Ceza Hukuku Sorumluluğuna Mâni Olan Bir Kurum Olarak Otomatizm”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. XXIV, S. 4, s. 585-611.

<sup>4</sup> <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/pl/sei-ive/index.html>, E.T. 20.07.2024.

<sup>5</sup> *R. v. Chan*, [2004] 3 S.C.R. 245, 2004 SCC 57 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2172/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>6</sup> *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19390/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>7</sup> *R. v. Brown*, 2022 SCC 18 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19389/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>8</sup> *Common Law* teriminin anlamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERKUL, Fikriye, “Common Law” Hukukunun Gelişimi”, **Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi**, Y. 2023, C. 8, S. 2, s. 2087-2105.

kemeleri bağlayıcı bir etkiye sahip olduğundan, bu çalışma bakımından önemli bir kaynak teşkil etmektedir<sup>9</sup>.

Çalışmada öncelikli olarak iradi sarhoşluk ile irade dışı sarhoşluk arasındaki fark ortaya konulmuş, sonrasında ise iradi sarhoşluğun hangi şekillerde ortaya çıkabileceği gösterilmiştir. Çalışmanın devamında sırasıyla Türk ve Kanada ceza hukukunda iradi sarhoşluk halinde işlenen suçlarda failin ceza sorumluluğunun nasıl belirlendiği açıklanmıştır. Tüm bu veriler ışığında, farklı hukuk sistemlerinin benimsendiği bu iki ülkenin iradi sarhoşluğa ilişkin güncel suç politikası, kusur ilkesi bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

## I. İRADI SARHOŞLUK

Sarhoşluğun kişide algılama ve davranışlarını yönlendirme noktasında bir etki meydana getirdiği, bilinen bir gerçektir. Kusur yeteneği altında zikredilen bu unsurların sarhoşluk nedeniyle azalması veya tamamen ortadan kalkması söz konusu olabilir. Nitekim doktrinde de sarhoşluğun şiddetine ve kusur yeteneği üzerindeki etkisine göre yapılan ilk ayırım onun tam veya kısmi olup olmamasıdır. Buna göre sarhoşluk failde algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırıyorsa tam sarhoşluktan, bunları azaltıyorsa kısmi sarhoşluktan söz edilir<sup>10</sup>.

Tam veya kısmi sarhoşluk şeklinde tezahür edebilecek sarhoşluk, kişinin sarhoş olma konusundaki kusuruna göre ise iradi (ihtiyari) veya irade dışı (arızî) olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. İstemeyerek sarhoşluk olarak da adlandırılan irade dışı sarhoşluk, ancak tesadüf veya mücbir sebepten ileri gelen bir sarhoşluk halidir<sup>11</sup>. Burada kişi içtiği şeyin sarhoş edici olduğunu bilmeden ya

<sup>9</sup> Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devletleri ve diğer *Commonwealth* ülkelerinin yüksek mahkemelerinin kararlarına ise bağlayıcı olmayan şekilde atıfta bulunulabilir. Bkz. GLANCY / PATEL / HEINTZMAN / SCHNEIDER, s. 402.

<sup>10</sup> ALACAKAPTAN, Uğur, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 55-61; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, Editörler: Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, Barış Erman, Fulya Eroğlu & R. Murat Önok, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 438; EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997, s. 534.

<sup>11</sup> ALACAKAPTAN, s. 38-34; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet, Ankara, 2023, s. 650; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 388-389; DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 194; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 533; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet, Ankara, 2023, s. 376; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 334; YÜCE, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1: Genel Bilgi-ler, Ceza Hukukunun Yürürlüğü, Suç Teorisi**, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982, s. 310.



da kandırılmak suretiyle ve hatta kendisine uygulanan bir cebir veya tehdit dolayısıyla zorla alkol almış olabilir. Fakat sarhoşluğun irade dışı sayılabilmesi için mutlaka sarhoş edici maddenin alınmasının da istenmemiş olması şart değildir. Kişi kendisinde bulunan patolojik bir bozukluğu bilmediğinden, aldığı az miktardaki alkol nedeniyle öngörülemez şekilde sarhoş olmuşsa bunu da irade dışı sarhoşluk olarak kabul etmek gerekir<sup>12</sup>. Çünkü burada asıl önemli olan “sarhoşluğun meydana gelmesinde” faile en hafif bir kusur dahi atfedilememesidir<sup>13</sup>. Bununla beraber doktrinde, irade dışı sarhoşluğun söz konusu olabilmesi için “alkolün alınması” noktasında failin taksirinin dahi olmaması gerektiği de savunulmaktadır<sup>14</sup>. Bu görüşe göre dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle kişi yanlışlıkla alkol almışsa taksirli sarhoşluk söz konusu olur<sup>15</sup>.

İradi sarhoşlukta ise kişinin alkol alma yönündeki iradesi sakatlanmamıştır. Yani kişi bilerek ve isteyerek alkol almaktadır. Fakat kişinin sarhoş olma yönündeki iradesi farklı görünümde olabilir. Bunlar kasıtlı, taksirli, tasarlanmış ve itiyadi sarhoşluk halleridir.

### A. Kasıtlı Sarhoşluk

Kişi hem alkol kullandığını hem de bunun etkisinde kalacağını biliyor ve bunu istiyor ise kasıtlı sarhoşluk söz konusudur<sup>16</sup>. Yani burada kişinin bilerek ve isteyerek sarhoş olması, diğer bir deyişle sarhoşluk sonucunun da irade edilmesi söz konusudur. Burada failin iradesi bir suç işlemek yönünde olmamakla beraber sarhoşluğun etkisiyle suç işlemektedir.

### B. Taksirli Sarhoşluk

Kişi alkol kullandığını biliyor ve bunu istiyor ve fakat bunun etkisinde kalacağını, yani bunun bir sarhoşluğa yol açacağını, öngörmüyorsa ya da istemi-

<sup>12</sup> ALACAKAPTAN, s. 37.

<sup>13</sup> ALACAKAPTAN, s. 37.

<sup>14</sup> İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 226; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 473.

<sup>15</sup> İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 227; ÖZGENÇ, s. 474. Bu yazarlara göre bu durumda failin ancak taksirle işlenmiş bir suçtan sorumluluğu gündeme gelecektir.

<sup>16</sup> DEMİRBAŞ, s. 389-390; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 538; HAKERİ, s. 375; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 335; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1992, s. 258; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 379; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-175)**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 454.

yorsa taksirli sarhoşluk söz konusudur<sup>17</sup>. Doktrinde bazı yazarlara göre kanunun iradi sarhoşluk deyimini kullanması nedeniyle istenmemiş olan sonuçların iradi sayılmasına imkân yoktur; kaldı ki taksire dayanan sorumluluk ancak kanunda açık hüküm varsa mümkündür<sup>18</sup>. Bu görüşe göre taksirli sarhoşluk, iradi sarhoşluğun bir türü olarak değil irade dışı sarhoşluğun bir türü olarak ele alınmalıdır<sup>19</sup>. Doktrinde daha baskın olarak kabul gören ve iştirak etiğimiz görüşe göre ise taksirli sarhoşluk da bir iradi sarhoşluktur<sup>20</sup>. Hatta *Alacakaptan*'a göre hem alkollü maddelerin etkisinin ne olduğu günümüz toplumunda bilinen bir gerçektir hem de yüksek miktarda alkol kullanan aklı başında bir kimsenin bu kullanımının doğal ve zorunlu neticesi olan sarhoşluğu istemediğini iddia etmek güçtür<sup>21</sup>. Diğer bir deyişle “*normal olarak belli bir neticeyi doğurmaya müsait olan sebep istendiği halde neticenin istenmemiş olduğu söylenemez*”<sup>22</sup>.

### C. Tasarlanmış Sarhoşluk

Kişi hem alkol kullandığını ve sarhoş olacağını biliyor ve bunu istiyor hem de bunun etkisinde kalarak suç işleyeceğini biliyor ve bunu istiyorsa tasarlanmış sarhoşluk söz konusu olur<sup>23</sup>. Burada kişi işleyeceği suçtan önce cesaret kazanma ya da kendisine bir cezazırlık nedeni sağlama gibi amaçlarla sarhoş olmaktadır<sup>24</sup>.

### D. İtiyadi Sarhoşluk ve Alkol Bağımlılığı

Son olarak “*tekerrür ederek alkole karşı alışkanlık doğuran*” ve “*birbirinden tamamen normal veya normal sayılan aralara ayrılmış çeşitli alkol krizlerinin topluluğu*” olan sarhoşluk türü itiyadi sarhoşluktur<sup>25</sup>. Bu sarhoşluk, kronik alkolizm etkisiyle ortaya çıkan ve bir akıl hastalığı olarak ele alınan kronik ze-

<sup>17</sup> ALACAKAPTAN, s. 43; DEMİRBAŞ, s. 389; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 539; HAKERİ, s. 375; ÖNDER, s. 258; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 379; ZAFER, s. 454.

<sup>18</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 539.

<sup>19</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 539.

<sup>20</sup> ALACAKAPTAN, s. 48; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Ceza Hukuku, s. 652; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 334; HAKERİ, s. 375; ÖNDER, s. 258.

<sup>21</sup> ALACAKAPTAN, s. 48.

<sup>22</sup> ALACAKAPTAN, s. 48.

<sup>23</sup> DEMİRBAŞ, s. 390; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 539; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 380; ZAFER, s. 454.

<sup>24</sup> ALACAKAPTAN, s. 49; DEMİRBAŞ, s. 390; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 539; HAKERİ, s. 375; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 335; ÖNDER, s. 258.

<sup>25</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 540.

hirlenmeden farklıdır<sup>26</sup>. Çünkü itiyadi bağımlıkta alkol kişi üzerinde geçici bir etki yaparken, kronik zehirlenmede kişi alkol almadığı zaman yoksunluk krizine girmektedir<sup>27</sup>. Gerek itiyadi sarhoşluk gerekse kronik alkolizm esasen bir alkol bağımlılığı olmakla beraber aşağıda detaylandırılacağı üzere hukuki sonuçları açısından farklılaşmaktadır.

## II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA İRADİ SARHOŞLUĞUN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda<sup>28</sup> irade dışı alınan alkol bir geçici neden olarak görülmüş ve bu nedene bağlanan hukuki sonuçlar<sup>29</sup> akıl hastalığına ilişkin hükümlere<sup>30</sup> atıfla düzenlenmişti. Eski düzenlemede iradi sarhoşluk yerine kul-

<sup>26</sup> ALACAKAPTAN, s. 228-229; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Ceza Hukuku, s. 653; DEMİRBAŞ, s. 386; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 540; HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 402; İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 229; ZAFER, s. 455.

<sup>27</sup> DEMİRBAŞ, s. 386; İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 229; ÖZGENÇ, s. 476.

<sup>28</sup> RG. 13.03.1926, S. 320.

<sup>29</sup> **Mülga TCK m.48:** Suçu işlediği esnada arzı bir sebepten dolayı 46 ve 47'nci maddelerde münderic akli maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki ahkam tatbik olunur.

İhtiyari sarhoşlukla ve ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde tesiriyle işlenen fiiller bu madde hükmünden hariçtir.

<sup>30</sup> **Mülga TCK m.46:** Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.

Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hakimi, ilk tahkikatta Sorgu Hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir.

Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder. Yalnız maznuna isnadolunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.

Muhafaza ve tedavi altına alınan şahıs; muhafaza ve tedavinin icra kılındığı müessesesinin sıhhi heyetince, şifası tebeyyün ettiğine dair verilecek rapor üzerine aynı kazai mercie serbest bırakılır.

Bu husustaki rapor ve kararda, hastalığın ve isnadolunan suçun mahiyeti gözönünde tutularak, içtimai emniyet bakımından şahsın tıbbi kontrole ve muayeneye tabi tutulup tutulmıyacağı, tutulacaksa müddet ve fasılası da gösterilir.

Tıbbi kontrol ve muayene; Cumhuriyet Müddeiumumilerince, kararda gösterilen müddet ve fasılalarda bu şahısların buldukları mahalde yoksa en yakın salahiyetli mütehassısı olan hastane sıhhi heyetlerine sevk edilmeleri suretiyle temin olunur.

Bu tıbbi kontrol ve muayenede nüks arazi gösterenler hakim veya mahkeme kararıyla yine muhafaza ve tedavi altına alınıp aynı muamelelere tabi tutulurlar.

**Mülga TCK m.47:** Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye verilecek ceza aşağıda yazılı şekilde indirilir:

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis;
  2. Müebbet ağır hapis yerine 10 seneden 15 seneye kadar ağır hapis;
  3. Amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet yerine muvakkati memnuiyet; cezaları hükmolunur.
- Diğer cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir.

lanılan kavram ihtiyari sarhoşluktu. İlgili atıf nedeniyle ihtiyari olmayan sarhoşluk, şuur ve hareket serbestisini kaldırmış olmasına ya da bunları önemli derecede azaltmış olmasına bağlı olarak cezayı kaldırmakta veya azaltmaktaydı. İhtiyari olarak alınan alkolün etkisiyle işlenen suçlarda ise söz konusu hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmişti.

Günümüz Türk ceza hukukunda alkolün etkisiyle suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği, geçici nedenler ve uyuşturucu etkisiyle suç işlenmesi halleri ile beraber TCK m.34<sup>31</sup> kapsamında ayrıca düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca sarhoşluğun kusur yeteneğini kaldıran bir hal kabul edilebilmesi için alkolün irade dışı alınmış olması ve kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması gerekir. Eğer irade dışı alınan alkol failin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini sadece önemli sayılmayacak bir ölçüde azaltmışsa failin ceza sorumluluğu devam eder. Böyle bir durum ancak TCK m.61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur<sup>32</sup>.

TCK m.34'ün gerekçesine göre şu iki halde alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle suç işleyen kişinin kusur yeteneği yoktur: (1) alkol veya uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemesine rağmen yanılarak yani bilmeyerek bu maddeleri almış olma hali ve (2) alkol veya uyuşturucu madde almaya zorlanmış olma hali<sup>33</sup>. Yine gerekçeye göre istemeyerek alkol veya uyuşturucu madde alınması dolayısıyla failin taksirinin dahi olmaması gerekir<sup>34</sup>. Bu noktada gerekçenin, “taksir derecesinde bir kusurun dahi olmamasını” sarhoşluğun gerçekleşmesinde değil, “alkolün alınması zamanında” araması dikkat çekicidir. Doktrinde bir görüşe göre TCK m.34'ün terminolojisi dikkate alındığında failin sarhoş olmayı isteyip istememesi önem arz etmez; önemli olan alkolün bilerek alınıp alınmadığıdır<sup>35</sup>. Bir başka görüşe göre ise alkolün kusur yeteneğini orta-

<sup>31</sup> **TCK m.34 - Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma:** “(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkraya hükmü uygulanmaz.”

<sup>32</sup> ÖZGENÇ, s. 474.

<sup>33</sup> ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, Gerekçeli Türk Ceza Kanunları, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 59.

<sup>34</sup> ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Gerekçeli, s. 59.

<sup>35</sup> ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Ceza Hukuku, s. 651; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 336; ÖZGENÇ, s. 473.

dan kaldırması için failin “sarhoşluğun gerçekleşmesinde” taksir derecesinde dahi bir kusurunun olmaması gerekir<sup>36</sup>.

TCK m.34’te dikkat çeken bir başka husus gerek geçici nedenin gerekse irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu maddenin etkisiyle suç işlenmesinde anlama ve isteme yeteneğinin önemli derecede azalmasının cezasızlık için yeterli görülmesidir. İlk bölümde sarhoşluğun kişideki algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği üzerindeki etkisine göre tam ve kısmi sarhoşluk olarak da adlandırıldığı ifade edilmişti. Doktrinde, akıl hastalığının anlama ve isteme yeteneği üzerindeki etkisini derecelendiren kanunun, sarhoşluğun etkisini gerekçe göstermeksizin bir derecelendirmeye tabi tutmamasını keyfilik olarak nitelendiren bir görüş de mevcuttur<sup>37</sup>.

Madde gerekçesi de maddenin kendisine benzer şekilde kusur yeteneğinin etkilenmediği kabul edilen iradi sarhoşluk noktasında sarhoşluğun kasıtlı, taksirli, tasarlanmış veya itiyadi olması noktasında bir ayrıma gitmemiş, önemli olanın “isteyerek” alkol almak olduğunu vurgulamıştır<sup>38</sup>. Ayrıca tam veya kısmi iradi sarhoşluk arasında da bir fark gözetilmemiştir. Dolayısıyla iradi sarhoşluk hallerinde sarhoşluğun kişinin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerindeki etkisini araştırmaya gerek dahi yoktur. Buna göre kasıtlı, tasarlanmış, taksirli veya itiyadi olarak tam veya kısmen sarhoşluk etkisi altında suç işleyen kişinin ceza sorumluluğu tamdır. Doktrinde ise iradi sarhoşluk türleri içinde tasarlanmış sarhoşlukta faile uygulanacak yaptırımın diğerlerine göre ağır olması gerektiği savunulmaktadır<sup>39</sup>. Benzer şekilde itiyadi sarhoşluk halinde işlenen suçlarda cezanın artırılması gerektiği fikri de öne sürülmüştür; çünkü itiyad, faile sarhoşluğun sonuçları hakkında yeterli fikri vermiş olup, fail bu sonuçları öngörebilir durumdadır<sup>40</sup>.

Bu noktada alkol bağımlılığı konusunda Türk ceza hukukunda nasıl bir ceza politikası izlendiğine de değinmek gerekir. Mülga TCK’nin yürürlükte olduğu dönemde kanunun 404. maddesi 4. fıkrası uyarınca<sup>41</sup> alkol kullanmayı bağımlılık haline getirmiş kişiler hakkında da tedbir alınmasının esas olduğu ifade

<sup>36</sup> DEMİRBAŞ, s. 389; DÖNMEZER, s. 194; HAKERİ, s. 375.

<sup>37</sup> HAFIZOĞULLARI, s. 401.

<sup>38</sup> ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Gerekçeli, s. 59.

<sup>39</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 541.

<sup>40</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 541.

<sup>41</sup> “Uyuşturucu maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı iptila derecesinde ise, salahlı tıbben anlaşılincaya kadar bir hastanede muhafaza ve tedavisine hükmolunur. Bu kimselerin hastanede muhafaza ve tedavilerine, yetkili mahkemeye tahkikatın her safhasında da karar verilebilir.”

edilmişti<sup>42</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki bu dönemde yürürlükte olan TCK m.404/4 sadece uyuşturucu madde bağımlılarının muhafaza ve tedavisinden bahsetmekteydi. Yürürlükteki TCK ise alkol bağımlısı kişilerin güvenlik tedbiri olarak bunlara özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasını akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin yer aldığı 57. maddede açık bir şekilde düzenlemiştir<sup>43</sup>. Fakat burada alkol bağımlısı kişinin hapis cezasının güvenlik tedbirine dönüştürüleceği ya da cezanın tamamen veya kısmen tedavi tedbiri olarak uygulanacağı konusunda bir açıklıktan bahsetmek güçtür<sup>44</sup>. Yukarıda alkol bağımlılığının kronik zehirlenme derecesine ulaşması halinde akıl hastalığı kapsamına sokulabileceği ve akıl hastalığının yarattığı hukuki sonuçları doğurabileceği ifade edilmişti. Buna göre TCK m.32<sup>45</sup> uyarınca iradi olarak alınsa dahi alkolün yarattığı kronik zehirlenme nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında ise indirimli bir ceza uygulanır. Nitekim Yargıtay da bir kararında, alkol bağımlısı olduğunu iddia eden kişinin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde, alkol bağımlılığının bir akıl hastalığı gibi etki doğurup doğurmadığı yönünde araştırma yapılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> DÖNMEZER, s. 322.

<sup>43</sup> **TCK m.57/7**: “Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir.”

<sup>44</sup> ZAFER, s. 786.

<sup>45</sup> **TCK m.32 - Akıl hastalığı**

“(1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir.

(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”

<sup>46</sup> Yargıtay 18. CD, 14.04.2016, E. 2015/22434, K. 2016/7829: “Sanığın ikamet ettiği mahallenin muhtarı olan Muhammet Nasır’ın soruşturma aşamasında alınan beyanında, sanığın akli dengesinin yerinde olmadığını ileri sürmesi ve 25.11.2011 tarihli tutanakta sanığın alkol bağımlısı olup, tedaviye ihtiyaç duyduğunun belirtilmesi karşısında, TCK’nın 32. maddesi uyarınca sanığın suçu işlediği sırada alkol bağımlısı olup olmadığı ve akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaldırarak veya önemli ölçüde azaltacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, CMK’nın 74. maddesine göre gözlem altında tutulup yöntemine uygun olarak raporla saptandıktan sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken, eksik koşturma ile mahkûmiyetine karar verilmesi”

Türk ceza hukukunda, iradi sarhoşluğun tüm türleri (kasıtlı, taksirli, tasarlanmış veya itiyadi) bakımından kusur yeteneği etkilenmeyeceğinden, sarhoşluğun etkisi altında suç işleyen failin somut olayda sorumluluğunun nasıl olacağına yönelik, en azından uygulamada, bir tartışma yoktur. Sarhoşluk etkisi altında olmayan bir failin somut fiile ilişkin hangi manevi unsurla hareket ettiği nasıl araştırılıyorsa, sarhoşluk etkisi altında suç işleyen fail yönünden de aynı araştırma yapılır. Çünkü TCK iradi olarak sarhoş olmuş bir kişinin, işlediği suç bağlamında, kast veya taksir ile hareket edebilen bir fail olduğunu kanunen kabul etmiş bulunmaktadır. Doktrinde bu durum “*failin sarhoşluğu gerçekleştirme şekli ile bu durumda iken işlenen suçların kusurluluk şekli birbirinden bağımsızdır*” şeklinde ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>48</sup>. Örneğin kişi taksirli iradi sarhoşluk hali içindeyken bir yaralama eylemini gerçekleştirmiş olabilir. Burada sarhoşluğun taksirli olması yaralamanın da taksirli halinden ceza verileceği anlamına gelmez. Kişi taksirli bir şekilde sarhoş olmuş, yaralama eylemini ise kasten gerçekleştirmiş olabilir; dolayısıyla sorumluluğu kasten yaralama suçundandır. Doktrinde azınlıkta kalan bir başka görüşe göre ise taksirli olarak kusur yeteneğini ortadan kaldıran, konumuz bağlamında taksirli tam sarhoşluk hali içinde olan failin gerçekleştirdiği haksızlık da taksirli bir haksızlıktır<sup>49</sup>. Fakat TCK m.34 bağlamında bu görüşün benimsenmediği açıktır.

İradi sarhoşluğun etkisiyle işlenen suçlarda ceza sorumluluğuna ilişkin tüm bu hükümlerin ve uygulamaların kusur ilkesine uygunluğunu değerlendirmeden önce Kanada ceza hukukunda konunun nasıl çözümlendiği ortaya konulmuştur.

<sup>47</sup> ÖNDER, s. 258. Aynı yönde bkz. İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 227; ZAFER, s. 454-455.

<sup>48</sup> Yargıtay CGK, 24.10.1983, E. 1983/215 K. 1983/358: “Nitekim Yargıtay uygulamalarında da isteyerek tam sarhoşluğun failde kasdın oluşuna etkide bulunmayacağını kabul ederek bu durum da olan faili kasıtlı suçlardan sorumlu tutmuştur (1. CD. 19.2.1955 gün, 222-75). Görülüyor ki failin kasten veya taksirle cezalandırılması için sarhoşluğun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir. Sarhoşken yapılan hareketin kasıtlı veya taksirli olup olmadığı araştırılmalıdır.

Gerçekten sarhoş olmayıp da isnad yeteneğini tam olarak haiz olan kişinin kusurluluğu araştırılıp sorumluluğu kastına veya taksirine yahut kastının aşılmasına dayandırıldığı halde, kanunen isnad yeteneğinde bir değişme olmadığı açıklanan sarhoş hakkında aynı araştırmanın yapılmaması ve kendisinin daima kasıtlı yahut daima taksirle hareket etmiş sayılması mantıksız olur. Bundan başka kusurluluk hakkında bir araştırma yapılacaksa bunu hareketle ilgisi olmayan bir zamana, yani sarhoşluğun sebebine götürmekte doğru değildir. Araştırılması gereken, inceleme konusu yapılacak olan, hareketin hangi kusurluluk şekli altında işlendiğini tesbit etmekten ibarettir ve hareketin dışında kalan sarhoşluğun kasıtlı veya taksirli olması ile bu kısım arasında bağlantı yoktur.”

<sup>49</sup> ÖZGENÇ, 473-474; İÇEL / SOKULLU / AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 227.

### III. KANADA CEZA HUKUKUNDA İRADI SARHOŞLUĞUN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

*Common Law* ilkelerinin benimsendiği Kanada ceza hukukunda suçun ma-nevi (*mental*) unsuru *mens rea* (*guilty mind*) olarak, maddi (*material*) unsuru ise *actus reus* (*guilty act*) olarak adlandırılır. Suçun oluşumu için bu iki unsurun eş zamanlı olarak mevcut olması gerekir. *Actus reus*, icrai veya ihmali bir davranış olabilmekle beraber her halükârda iradi/istemli/gönüllü (*voluntary*) bir davranış olması gerekir<sup>50</sup>. Bir hareketin iradi olabilmesi için failin bilinçli (*conscious*) olması ve eylemi sadece gözlemlemekten ziyade onu yönlendiriyor olması ge-rekir<sup>51</sup>. Buna göre, “*sadece gönüllü davranışların - özgür iradenin ve kontrollü bir bedenün ürünü olan, dış kısıtlamalar tarafından engellenmeyen davranışla-rın - cezayı ve cezai sorumluluk damgasını hak ettiği temel bir adalet dir*”<sup>52</sup>. Kanada hukukunda iradi sarhoşluk esasen suç eylemine yönelik gerçek bir savunma değildir<sup>53</sup>. Bununla birlikte iradi olarak alkol almakla beraber kişi-nin hareketlerinin iradi ve kontrollü olup olmadığı yönünde makul şüphe yara-tan aşırı sarhoşluk hallerinde otomatizm savunması gündeme gelmektedir.

#### A. Otomatizm: Türleri ve Hukuki Sonuçları

Otomatizm akıl hastalığından kaynaklanan (*insane*) ve akıl hastalığından kaynaklanmayan (*non-insane*) otomatizm olarak ikiye ayrılır<sup>54</sup>. Kanada huku-kunda suç işleyen bir kimsenin otomatizm durumunun akıl hastalığı kaynaklı olup olmadığı hukuki sonuçları nedeniyle önem arz eder. Akıl hastalığından kaynaklanmayan otomatizm savunması mahkemece kabul gördüğünde dava beraat (*acquittal*) ile sonuçlanırken, akıl hastalığından kaynaklı otomatizm sa-vunması ise akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğunun olmadığı kararı (*NCR-MD: not criminally responsible on account of mental disorder*) ile davayı sonuçlandırmaktadır<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> CHILD / REED, s. 171.

<sup>51</sup> GLANCY / PATEL / HEINTZMAN / SCHNEIDER, s. 401.

<sup>52</sup> *R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1861/index.do?q=ruzic>, E.T. 20.07.2024.

<sup>53</sup> *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/388/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>54</sup> GRANT / SPITZ, s. 226. Ayrıca bkz. *Rabey v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 513 (çevrimiçi) [https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4507/index.do?site\\_preference=normal](https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4507/index.do?site_preference=normal), E.T. 20.07.2024; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1705/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>55</sup> Kanada Ceza Kanunu m.16’ya göre, “Hiç kimse, kendisini icrai veya ihmali eylemin niteliğini ve mahiye-tini takdir edemeyecek veya yanlış olduğunu bilemeyecek hale getiren bir zihinsel hastalıktan muzdarip-



Kanada Yüksek Mahkemesi 1980 tarihli *Cooper v. R.* kararında hukuki anlamda akıl hastalığının, insan zihnini ve işleyişini bozan her türlü hastalık, bozukluk veya anormal durumu kapsadığını ancak alkol veya uyuşturucunun iradî kullanımı ile ortaya çıkan durumlar ile histeri veya beyin sarsıntısı gibi geçici zihinsel durumların bunun dışında olduğunu ortaya koymuştur<sup>56</sup>. Yine aynı kararda akıl hastalığı savunmasını desteklemek için, hastalığın, sanığı şiddet eyleminin niteliğini ve önemini takdir edemeyecek veya bunun yanlış olduğunu bilemeyecek hale getirecek yoğunlukta olması gerektiği vurgulanmıştır. 1980 tarihli *Rabey v. R.* davasında ise ayırım şu şekildedir<sup>57</sup>:

*“Yapılması gereken ayırım, belirli bir dış faktör tarafından üretilen geçici bir etki olan ve akıl hastalığı kavramına girmeyen bir zihin arızası ile esas olarak sanığın içsel bir nedeninden kaynaklanan bir zihin arızası arasında dır. İnsanoğlunun ortak paydası olan hayatın olağan stresleri ve hayal kırıklıkları, zihnin arızalanmasını açıklayan ve onu akıl hastalığı kategorisinden çıkaran harici bir neden teşkil etmez.”*

Kanada mahkemelerinin otomatizmin akıl hastalığı kaynaklı olup olmadığı noktasında uyguladığı iki test mevcuttur: içsel neden testi (*the internal cause test*) ve devam eden tehlike testi (*the continuing danger test*)<sup>58</sup>. *R. v. Stone* davasında Yüksek Mahkeme, içsel neden ve devam eden tehlike teorilerinin akıl

*ken işlenen bir icrai veya ihmali eylemden dolayı cezai olarak sorumlu tutulamaz”*. Bkz. **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16**. Kanada Ceza Kanunu m.672.38 uyarınca akıl hastalığı nedeniyle cezai sorumluluğu olmadığına ya da yargılanmaya elverişli olmadığına karar verilen herhangi bir sanıkla ilgili tasarruflarda bulunmak ya da bu tasarrufları gözden geçirmek üzere her ilde bir İnceleme Kurulu (*Review Boards*) oluşturulur ya da belirlenir. Bkz. **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.38**. İnceleme Kurulları, bir yargıcı ya da yargıcı olarak atanma yeterliliğine sahip bir kişi tarafından başkanlık edilen ve en az dört üyeden oluşan uzmanlaşmış komisyonlar olup bu üyelerden birinin söz konusu ilin yasaları uyarınca psikiyatri uygulama yetkisine sahip olması gerekmektedir. NCR-MD davalarının çoğu bir İnceleme Kurulu'na yönlendirilse de, hüküm verecek olan mahkeme, kendisinin de konu ile ilgili tasarrufla bulunabileceğine veya söz konusu tasarruflun gecikmeden kullanılması gerektiğine kanaat getirilebilir. Bkz. LA-TIMER, Jeff/ LAWRENCE, Austin, **The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study**, Department of Justice Canada, Research and Statistics Division, 2006, s. 1-2. Kanada Ceza kanunu m.672.54 uyarınca bir mahkeme veya İnceleme Kurulu'nun kullanabileceği üç tasarruf vardır: mutlak tahliye, şartlı tahliye veya sanığın bir hastanede gözlem altında tutulması. Bkz. **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54**.

<sup>56</sup> *Cooper v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 1149 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4496/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>57</sup> *Rabey v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 513.

<sup>58</sup> YEO, Stanley, “Clarifying Automatism”, **International Journal of Law and Psychiatry**, Y. 2002, C. 25, S. 5, s. 445-458, s. 450. İçsel neden testi, sarhoşluk veya beyin sarsıntısı gibi belirli bir dış faktör tarafından üretilen bir arzının aksine, sanığın psikolojik yapısı veya organik patolojisi gibi esas olarak içsel bir nedenden kaynaklanan zihinsel bir arıza arasında bir ayırım yapar. Devam eden tehlikeye ilişkin ikinci test ise sanığın tekrarlaması muhtemel olan ve bu nedenle kamu için tehlike arz eden her durumunun akıl hastalığı olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. YEO, s. 450. Ayrıca bkz. *Rabey v.R.*, [1980] 2 S.C.R. 513.

hastalığının belirlenmesinde alternatif veya birbirini dışlayan yaklaşımlar olarak görülmemesi gerektiğini, aksine, bu yaklaşımlardan birinin veya her ikisinin de duruşma yargıçları tarafından dikkate alınabileceği bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>59</sup>.

Yüksek Mahkeme 1980 tarihli bir kararında akıl hastalığından kaynaklanmayan otomatizm savunmasının, hareket kabiliyetine sahip olmakla beraber ne yaptığının bilincinde olmayan bir kişinin durumunu, onun bilinçsiz ve istemsiz (iradi olmayan) eylemini tanımlamak için kullanılan bir terim olduğunu ifade etmiştir<sup>60</sup>. Fakat ilerleyen yıllarda Yüksek Mahkeme otomatizmin bilinçsizlikten ziyade istemsiz olma boyutunu ön plana çıkarmıştır<sup>61</sup>. Çünkü bilinçsizlik ya da zayıf bir bilinç istemsizliğe yol açabilmekle beraber, her zaman böyle olmak zorunda değildir; ya da bir kişinin eylemi istemsiz olmakla beraber kişi yine de bu eylemin bilincinde (farkında) olabilir<sup>62</sup>.

İradi olarak gerçekleşen uyuşturucu veya alkol tüketiminden kaynaklanan (*self-induced intoxication*) otomatizm türü “akıl hastalığından kaynaklanmayan (*non-insane*) otomatizm” savunmasına karşılık gelmektedir. İşte bu otomatizm savunması, sanığın suçu işlemek için gerekli olan özel kasıt oluşturma kapasitesinden yoksun olacak kadar sarhoş olması halinde, özel kastla işlenen bir suçta uygulanabilirken, genel kastla işlenen suçlarda uygulanmaz<sup>63</sup>. Söz konusu içtihat *Leary* kuralı (*Leary Rule*) olarak da adlandırılmaktadır. Genel kasıt suçu, söz konusu olan tek kastın yalnızca söz konusu fiilin gerçekleştirilmesiyle ilgili olduğu ve başka bir gizli niyet veya amacın bulunmadığı suçtur. Özel kasıt suçu ise, söz konusu fiilin tek başına gerçekleştirilmesinin ötesine geçen bir kasıt ya da amaç ile birlikte *actus reus*'un gerçekleştirilmesini içeren suçtur. Mahkeme'ye göre ne yapay ne de hukuki bir kurguya dayanan bu ayırım, mantıksal temellerden kopuk değildir<sup>64</sup>. Genel kasıt suçunda eylem anlık tutkunun tamamen fiziksel bir ürünü olabilirken, özel kasıt suçunda eylem, belirli bir kastın formüle edilmesine yönelik daha karmaşık bir zihinsel süreci içerir<sup>65</sup>. Örneğin

<sup>59</sup> *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290.

<sup>60</sup> *Rabey v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 513.

<sup>61</sup> YEO, s. 446-447.

<sup>62</sup> YEO, s. 446.

<sup>63</sup> *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2567/index.do>, E.T. 20.07.2024. İngiltere ve Galler hukukunda otomatizmin savunma olarak kullanılabilmesi suçlar bakımından da aynı kriter esas alınmaktadır. Bkz. MADEN, s. 596-597.

<sup>64</sup> *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833.

<sup>65</sup> *The Queen v. George*, [1960] S.C.R. 871 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/7284/index.do>, EE. T. 20.07.2024. Ayrıca bkz. *R. v. Brown*, 2022 SCC 18.

basit yaralama suçu (*common assault*) ve tecavüz suçu (*rape*) genel kastla işlenebilen bir suç olmakla beraber, hırsızlık amacıyla eve girme (*burglary*) suçu özel kastla işlenebilen suçtur. Çünkü eve girme kastı suçun oluşumuna yetmemekte olup, kastın, hırsızlık yapma şeklindeki amacı da içermesi gerekir<sup>66</sup>. Öldürme suçu bakımından da ayırım dikkat çekicidir: cinayeti işleyen kişinin bunu ani bir tahrikin neden olduğu öfkeyle işlemesi olarak tanımlanan ve *manslaughter*<sup>67</sup> olarak adlandırılan öldürme suçu genel kastla işlenebilen suçlar arasındadır<sup>68</sup>. Failin ölüm neticesine yönelik doğrudan veya olası kastla hareket ettiği öldürme olarak tanımlanan ve *murder*<sup>69</sup> olarak adlandırılan suç ise özel kastla işlenebilen suçlar arasında yer alır<sup>70</sup>. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin genel kastla işlenebilen suçlarda iradi sarhoşluğun kesinlikle bir savunma olamayacağı yönündeki içtihatları 1994 tarihli *R. v. Daviault* kararı ile yön değiştirir.

### **B. R. v. Daviault**

Dava konusu olayda aşırı sarhoş bir haldeyken engelli ve yaşlı bir kadına tecavüz eden kronik alkolik sanık, suçun işlendiği sırada “otomatizme benzer bir durumda” olması nedeniyle olayı hatırlamadığını ifade etmiş ve suçlamayı reddetmiştir<sup>71</sup>. Duruşma hâkimi, sanığın şikâyetçi tarafından tarif edilen suçu işlediğini tespit etmiş, ancak sanığın aşırı sarhoşluğu nedeniyle cinsel saldırı suçunu işlemek için gerekli asgari kasta sahip olup olmadığı konusunda makul bir şüphe oluştuğu için beraatine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi ise savcılığın temyiz başvurusunu kabul etmiş ve sanığın suçlu olduğuna hükmetmiştir. Temyiz Mahkemesi, otomatizm veya akıl hastalığına eşit veya benzer bir durumla sonuçlanan iradi sarhoşluk savunmasının, genel kasit suçuna karşı bir savunma olarak kullanılamayacağına karar vermiştir. Sanık bunun üzerine Kanada Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, genel kasıtlı bir suçun *mens rea*'sının sarhoşluk nedeniyle ortadan kalkmayacağı kuralının katı bir şekilde uygulanmasını Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın hem 7 hem de 11(d) maddelerine aykırı görmüştür. Bir suçun zihinsel yönü çok eskiden beri suçun ayrılmaz bir parçası olarak

<sup>66</sup> *The Queen v. George*, [1960] S.C.R. 871.

<sup>67</sup> **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 232(1).**

<sup>68</sup> *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (çevrimiçi) [https://thelawmatics.in/case-note-director-of-public-prosecutions-v-beard-1920-a-c-479/#Director\\_of\\_Public\\_Prosecutions\\_V\\_Beard](https://thelawmatics.in/case-note-director-of-public-prosecutions-v-beard-1920-a-c-479/#Director_of_Public_Prosecutions_V_Beard), E.T. 20.07.2024.

<sup>69</sup> **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 229-231.**

<sup>70</sup> *R. v. Brown*, 2022 SCC 18.

<sup>71</sup> *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1172/index.do>, E.T. 20.07.2024.

kabul edilmektedir ve bunu yok saymak sanığı temel adaletten mahrum bırakmak olur. Genel kasıt suçlarında zihinsel unsur asgari düzeyde olabilir; söz konusu davada sadece cinsel saldırıda bulunma kastı veya eylemlerin bir saldırı oluşturup oluşturmayacağı konusunda kayıtsızlık (*recklessness*) söz konusudur. Gerekli zihinsel unsur normalde saldırının sanık tarafından işlendiğinin kanıtlanmasından çıkarılabilir, ancak sarhoş olma kastının *mens rea*'sı saldırıyı gerçekleştirmek için gerekli olan *mens rea*'yı oluşturamaz. Ayrıca, masumiyet karinesi, iradilik zihinsel unsuru da dâhil olmak üzere bir suçun tüm unsurlarını ortaya koyma yükünün savcılığa (*The Crown*)<sup>72</sup> ait olmasını gerektirir. İradi sarhoşluğun kınanabilir olması, her durumda bunun sonuçlarının iradi ya da öngörülebilir olduğu anlamına da gelmez. Ayrıca, iradi sarhoşluk, suç için gereken asgari *mens rea* ile *actus reus* arasındaki gerekli bağlantıyı sağlayamaz. Mahkeme'ye göre cinsel saldırı için çok asgari bir kastın bile gerekli olduğunu reddetmek, Şart'ı ağır bir şekilde ihlal eder ve temel adalet ilkelerine aykırıdır. Mahkeme bu noktada *Leary* kuralını tamamen terk eden diğer yargı alanlarının (*jurisdictions*) deneyimlerine ve önerilen yaklaşımlara da atıfta bulunur. Gerçekten de Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin daha geniş bağlamında, Güney Afrika, Yeni Zelanda ve Avustralya gibi *Commonwealth* yargı alanları “özel kasıt” sınırlamalarından yavaş yavaş uzaklaşmış ve böylece daha geniş bir suç yelpazesi için sarhoşluk savunmasının (teorik) olasılığını açmıştır<sup>73</sup>. Son olarak, *Leary kuralı* tüm genel kasıtlı suçlar için geçerli olduğundan, hem belirli bir amaca yönelik olarak iyi bir şekilde uygulandığı söylenemez hem de “orantılılık” ve “hakları asgari derecede sınırlama” gerekliliklerini karşılayamaz. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, cinsel saldırı suçu için gerekli zihinsel/manevi unsurun oluşmadığı iddiasında sanığın aşırı sarhoşluğa ilişkin delillerinin kabul edilebileceği sonucuna varmıştır<sup>74</sup>. Bu tür deliller ancak sanığın aşırı sarhoşluk hali nedeniyle gerekli kastı oluşturmadığını olasılıklar dengesi çerçevesinde ortaya koyabilmesi halinde kabul edilebilir<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> *The Crown*, Kanada'da Majesteleri Kral veya Majesteleri Kraliçe'nin tüm Kanada veya bir eyalet üzerindeki haklarını ifade eden hukuki bir terim olup hükümdarın yürütme gücünü ve kapasitesini temsil eder; uygulamada hükümet anlamına gelir. *The Crown Council* ise ceza davalarında devleti temsil eden hukukçuya verilen addır. Polisi, mağdurları veya onların ailesini değil, Kanada halkını temsilen hareket eden bu kişiler *the Prosecution* (Savcılık) veya *the Crown* olarak da adlandırılırlar.

Bkz. <https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/CAPracticalLaw/Ie3cb430ba40211eabea3f0dc9fb69570?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>, E.T. 20.07.2024; <https://www.ontariocourts.ca/ocj/criminal-court/definitions-and-glossary/#C>, E.T. 20.07.2024.

<sup>73</sup> FISCHER, Benedikt / REHM, Jürgen, “Alcohol Consumption and the Liability of Offenders in the German Criminal System”, *Contemporary Drug Problems*, Y. 1996, C. 23, S. 4, s. 707-729, s. 92, 94.

<sup>74</sup> MACMILLAN-BROWN, Heather, “No Longer “Leary” About Intoxication: In the Aftermath of R. v. Daviault”, *Saskatchewan Law Review*, Y. 1995, C. 59, S. 2, s. 311-333, s. 311.

<sup>75</sup> MACMILLAN-BROWN, s. 311.

1995 yılında Kanada Parlamentosu, Kanada Ceza Kanunu'nun önceki 33.1 maddesini işte bu ünlü *R. v. Daviault* kararına tepki olarak kabul etmiş ve sanıkların şiddet suçlarında aşırı sarhoşluğu bir savunma olarak kullanmasını yasaklamıştır. Buna göre kişinin, makul bir özen yükümlülüğünden ayrılarak kendisini soktuğu iradi aşırı sarhoşluk nedeniyle, başka bir kişinin vücut bütünlüğüne saldırı veya başka herhangi bir müdahalesini veya müdahale tehdidini içeren bir suç işlemek için gerekli olan genel kast veya iradeden yoksun olması bir savunma değildir<sup>76</sup>. 33.1'in "sarhoşluk nedeniyle cezai kusur" başlığını taşıyan ikinci fıkrasında makul bir özen yükümlülüğü şu şekilde tanımlanır:

*“Bir kişi, davranışlarının farkında olmamasına veya davranışlarını bilinçli olarak kontrol edememesine neden olan iradi bir sarhoşluk halindeyken, istemli veya istemsiz olarak başka bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale eder veya müdahale etme tehdidinde bulunursa, Kanada toplumunda genel olarak kabul edilen makul özen standardından belirgin bir şekilde ayrılmış olur ve bu nedenle cezai olarak kusurludur.”*

33.1 hükmü böylece mağdurun vücut bütünlüğüyle ilgili herhangi bir suç için, suçun özel değil genel kasıt gerektiren bir suç olması halinde, iradi sarhoşluk savunmasına kapıyı kapatmıştır<sup>77</sup>. Fakat söz konusu 33.1 hükmünün yasalaşması Kanada'da tartışmalara nokta koymaz. 13 Mayıs 2022 tarihinde Kanada Yüksek Mahkemesi *R v. Brown* davasında oybirliğiyle aldığı kararla söz konusu hükmün Haklar ve Özgürlükler Şartı'nı (*Charter of Rights and Freedoms*) ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 33.1.** Orijinal (İngilizce) metin:

*“When defence not available*

*33.1 (1) It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).*

*Criminal fault by reason of intoxication*

*(2) For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.*

*Application*

*(3) This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.”*

<sup>77</sup> GLANCY, Graham / PATEL, Kiran, “The Ontario Court of Appeal Takes a New Look at Automatism in *R v. Sullivan*”, **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, Y. 2022, C. 50, S. 3, s. 450-459, s. 453.

<sup>78</sup> *R. v. Brown*, 2022 SCC 18.

### C. R v. Brown

Davaya konu olayda sanık *Matthew Winston Brown* 12 Ocak 2018 gecesini bir partide alkol ve sihirli mantar (*magic mushroom*) adı verilen bir madde tüketmiştir. Söz konusu mantarlar halüsinasyonlara neden olabilen yasadışı bir uyuşturucu olan psilosibin içermektedir. Bay *Brown* gerçeklikle bağını koparmış, partiden ayrılmış ve yakındaki bir eve girerek içerideki bir kadına saldırmıştır. Mağdur kadın, saldırı sonucunda kalıcı yaralar almıştır. Sanık *Brown* başka bir eve girdiğinde, orada yaşayan çift polisi aramıştır. Olaylarla ilgili hiçbir şey hatırlamadığını söyleyen sanık *Brown*, ağırlaşmış yaralama, konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçlarından yargılanmıştır. Sanığın geçmişte bir suç kaydı ve akıl hastalığı da mevcut değildir. Duruşmada sanık *Brown* otomatizm savunmasına dayanmıştır. Nitekim duruşmada sunulan bilirkişi delilleri de sanığın söz konusu suçları işlediği sırada davranışları üzerinde iradi bir kontrolü olmadığını doğrulamıştır. Fakat savcılık Kanada Ceza Kanunu 33.1 maddesi ile saldırı veya başka bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale içeren suçlarda otomatizmin bir savunma olarak kullanılması engellendiğinden buna karşı çıkmıştır. Bu sefer sanık 33.1 maddesinin, Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği hakkını garanti altına alan 7. maddesi ile suçluluğu kanıtlanana kadar masum sayılma hakkını garanti alan 11(d) maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Yargıç, sanığın bu iddiasını yerinde bulmuş ve sanık duruşmada otomatizme benzer aşırı sarhoşluk savunmasını ileri sürme hakkına sahip olmuştur. Duruşma hâkimi, bu savunmanın ağırlaşmış yaralama ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlamalarına da cevap niteliğinde olduğunu tespit etmiş ve beraat kararı vermiştir. Savcılık temyize başvurduğunda ise Temyiz Mahkemesi, Kanada Ceza Kanunu m.33.1'in hükümsüz olduğuna dair kararı bozmuş, ağırlaşmış yaralama ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından verilen beraat kararını kaldırmış ve bu suçlardan mahkûmiyet kararı vermiştir<sup>79</sup>. Son olarak sanık, Kanada Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yüksek Mahkeme 13 Mayıs 2022 tarihinde verdiği kararla 33.1 maddesinin Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın 7 ve 11(d) maddelerini özgür ve demokratik bir toplumda haklı gösterilemeyecek şekilde ihlal ettiğini ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ortaya koymuştur. Bu noktada Yüksek Mahkeme, 33.1 hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunmasının, "otomatizm boyutunda olmayan sarhoşluğun, yaralama veya cinsel saldırı gibi genel kasıtlı şiddet suçları için bir savunma olmadığı kuralı" üzerinde hiçbir etkiye sahip olmadığını vurgulamıştır.

<sup>79</sup> Mala zarar verme suçundan verilen beraat kararı 33.1 hükmünden etkilenmemiş ve temyiz edilmemiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre 33.1 hükmü ile öngörülen gereklilikler ne beraber ne müstakil olarak bir kusur ölçütü değildir; bunlar, 33.1(2)'de kullanılan "iken" sözcüğünden de anlaşılabilirliği üzere sadece sorumluluk şartlarıdır<sup>80</sup>. Çünkü 33.1(2)'de tarif edilen özen standardından ayrılma iki şeyin kanıtlanmasına bağlıdır: (1) kişinin, davranışlarının farkında olmamasına veya davranışlarını bilinçli olarak kontrol edememesine neden olan iradi bir sarhoşluk hali içinde olması ve (2) şiddet eyleminin kişi bu haldeyken gerçekleşmesi. Mahkeme'ye göre bunlar bir taksir standardı (*criminal negligence standard*) içermez. Dolayısıyla 33.1 hükmü, şiddet suçu için gerekli olan kusurun, kişinin sarhoş olma tercihine dayalı olarak mevcut olduğunu varsayar. Bu nedenle 33.1 maddesi Şart'ın 7. maddesini ihlal etmektedir; çünkü *mens rea*'nın veya eylemin iradi olmasının kanıtlanması gerekmeksizin mahkûmiyet kararı verilebilmesinin önünü açar. Oysaki suçun özel niteliği subjektif kusuru gerektirmedikçe, makul bir kişi standardından belirgin bir sapma şeklinde tezahür eden taksirin (*penal negligence*) kanıtlanmasının ceza mahkûmiyeti için asgari düzeyde gerekli olduğu temel bir adalet ilkesidir. 33.1 hükmü için sadece sarhoş olma niyeti (*intention*) yeterlidir; bu niyetin derecesi önem arz etmez. Bu kişinin farkındalık veya kontrol kaybını öngörmemiş olması çok az önem taşımaktadır. Sarhoş edici maddenin yasal veya yasadışı niteliği veya bilinen özellikleri hakkında ise hiçbir şey söylenmemektedir. Bu nedenle, 33.1 hükmü kayıtsızca kontrol kaybına davetiye çıkaranlar için geçerli olmakla birlikte, örneğin reçeteli bir ağrı kesici ilaca beklenmedik bir tepki gibi beklenmedik irade dışı durumları da kapsamaktadır. Ayrıca, bir kişinin sarhoşluğunun objektif bir zarar öngörülebilirliği taşımadığı durumlarda da cezai sorumluluk yüklemektedir. Hüküm, makul bir kişinin riski önceden görüp görmeyeceğini ve bundan kaçınmak için adımlar atıp atmadığını ve bunu yapmamanın o koşullarda beklenen özen standardından belirgin bir sapma anlamına gelip gelmediğini sormak yerine, kişi otomatizme benzer bir aşırı iradi sarhoşluk halindeyken bir şiddet eylemi meydana geldiğinde belirgin bir sapmanın mevcut olduğunu varsayar. Madde 33.1, anayasal olarak kanıtlanması gerekli olan *mens rea* kanıtlanmadan bir sanığın mahkûm edilmesine izin verdiği için, Şart'ın 7. maddesini ihlal etmektedir. 33.1 hükmü ayrıca suçlanan kişiyi irade dışı davranışlarından cezai olarak sorumlu tutmaktadır. Oysaki davranışın irade dışı olması suçun *actus reus* unsurunu ortadan kaldırdığından, irade dışı davranış suç teşkil etmez.

<sup>80</sup> Bkz. **Kanada Ceza Kanunu mülga 33.1(2)**: "Bir kişi, davranışlarının farkında olmamasına veya davranışlarını bilinçli olarak kontrol edememesine neden olan iradi bir sarhoşluk halinde *iken*, istemli veya istemsiz olarak başka bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale eder veya müdahale etme tehdidinde bulunursa, Kanada toplumunda genel olarak kabul edilen makul özen standardından belirgin bir şekilde ayrılmış olur ve bu nedenle cezai olarak kusurludur."

Mahkeme'ye göre 33.1 maddesi, Şart'ın suçluluğu kanıtlanana kadar kişinin masum sayılacağını garanti altına alan 11(d) maddesini de ihlal etmektedir. Çünkü sanığın mahkûm edilebilmesi için, iddia makamının bir suçun tüm temel unsurlarını makul bir şüphenin ötesinde kanıtlaması gerekir. Bir olayın ispatının, bir suçun temel unsurlarından birinin ispatını karşıladığını varsayan bir Parlamento tasarrufunun Şart'ın 11(d) maddesi ile uyumlu olabilmesi, ikame edilen olayın ispatının, her durumda, yerine geçtiği temel unsurun var olduğu sonucuna kaçınılmaz olarak götürmesi halinde mümkündür. Aksi takdirde bu ikame durumu, suçun temel unsuruna ilişkin makul bir şüphenin varlığına rağmen, ikame edilen olayın kanıtlanmasına dayanarak sanığın mahkûm edilmesine neden olabilir. Mahkeme'ye göre 33.1 hükmü bir suçun temel unsurlarının ispatı yerine iradi sarhoşluğun ispatını kabul edilemez bir şekilde ikame etmektedir. Diğer bir deyişle sarhoşluğa ilişkin kusur ve iradilik, şiddet suçuna ilişkin kusur ve iradiliğin yerine ikame edilmektedir.

Kanada Yüksek Mahkemesi tüm bu gerekçelerle 33.1 hükmünü iptal eden, Parlamento'nun aşırı sarhoşluktan kaynaklanan şiddetle mücadele ile bağlantılı meşru amaçlarına ulaşması için başka yolların da olabileceğini vurgular. Çünkü Mahkeme'nin de belirttiği üzere iradi aşırı sarhoşluk halindeyken şiddet uygulayan bir sanığın ahlaki açıdan suçlanmaya değer olduğu düşüncesi, hiçbir şekilde ceza hukukunun kapsamı dışında değildir. Özellikle de sarhoş faillerin gerçekleştirdiği fiziksel ve cinsel şiddete karşı savunmasız olan kadın ve çocukların eşitlik ve haysiyet çıkarları ışığında, şiddet suçu mağdurlarını korumak acil ve önemli bir sosyal amaçtır. Yine Mahkeme'ye göre, Parlamento'nun, sarhoş edici madde alarak başkalarına zarar verme riski yaratmayı seçen aşırı derecede sarhoş olan bir kişinin bu şiddet suçundan sorumlu tutulmasını amaçlayan bir yasa çıkarması hukuken yerindedir.

Yüksek Mahkeme'nin bu kararı üzerine harekete geçen Kanada Parlamentosu, 23 Haziran 2022 tarihinde 33.1 hükmünü değiştiren bir kanunu yürürlüğe sokmuştur. Değiştirilen 33.1 hükmüne<sup>81</sup> göre iradi aşırı sarhoşluğun bir sonucu

<sup>81</sup> **Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 33.1.** Orijinal (İngilizce) metin:

*“Offences of violence by negligence*

*(1) A person who, by reason of self-induced extreme intoxication, lacks the general intent or voluntariness ordinarily required to commit an offence referred to in subsection (3), nonetheless commits the offence if*

*(a) all the other elements of the offence are present; and*

*(b) before they were in a state of extreme intoxication, they departed markedly from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances with respect to the consumption of intoxicating substances.*



olarak normalde şiddet içeren bir suç işlemek için gereken genel kast (*general intent*) veya iradeden (*voluntariness*) yoksun olan bir kişi, sarhoş edici madde tüketirken taksirli olması halinde, bu suçtan yine de sorumlu olabilir. Fakat bunun için (a) suçun diğer tüm unsurlarının mevcut olması ve (b) aşırı sarhoşluk durumundan önce, kişinin sarhoş edici maddelerin tüketimine ilişkin olarak makul bir kişiden beklenen özen standardından belirgin bir şekilde ayrılması gerekir. 33.1 maddesinin 2. fıkrası uyarınca,

“Kişinin özen standardından belirgin bir şekilde ayrılıp ayrılmadığını belirlemek amacıyla mahkeme, sarhoş edici maddelerin tüketiminin aşırı sarhoşluğa neden olabileceği ve kişinin başka bir kişiye zarar vermesine yol açabileceği riskinin objektif olarak öngörülebilirliğini dikkate almalıdır. Mahkeme bu tespiti yaparken, kişinin riskten kaçınmak için yaptığı her şey de dâhil olmak üzere ilgili tüm koşulları göz önünde bulundurmalıdır.”

33.1’in son fıkrasında ise aşırı sarhoşluk, “bir kişiyi davranışlarının farkında olmayacak veya davranışlarını bilinçli olarak kontrol edemeyecek hale getiren sarhoşluk” olarak tanımlanmıştır. Yapılan değişikliklerle aşırı sarhoşluk savunmasının ileri sürüldüğü davalarda, taksirli iradi aşırı sarhoşluk eylemi ve kusuru (*the act and fault of negligent extreme self-induced intoxication*) 33.1’e tabi olan şiddet suçlarının unsurlarına dâhil edilmiştir. Bu şekilde, taksirli aşırı sarhoşluk, 33.1’e tabi suçlar için kusurun ve iradiliğin/istemliliğin (*voluntariness*) kanıtlanmasını gerektirecek ve bu unsurların ikame edilmesini önleyecektir.

Kanada ceza hukukunda iradi sarhoşluğun bir savunma olarak kullanılabilmesi için gereken şartları bu şekilde ortaya koyduktan sonra, burada üzerinde durulması gereken son husus alkol bağımlılığının Kanada ceza hukukunda nasıl ele alındığıdır. Kanada’da alkol bağımlılığı, *delirium tremens* olarak adlandırılır.

*Marked departure - foreseeability of risk and other circumstances*

(2) For the purposes of determining whether the person departed markedly from the standard of care, the court must consider the objective foreseeability of the risk that the consumption of the intoxicating substances could cause extreme intoxication and lead the person to harm another person. The court must, in making the determination, also consider all relevant circumstances, including anything that the person did to avoid the risk.

*Offences*

(3) This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

*Definition of extreme intoxication*

(4) In this section, extreme intoxication means intoxication that renders a person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour.”

lan, kronik alkoliklerde görülen ve genellikle kişinin alkol alınmadığı zaman ortaya çıkan krizlere yol açıyorsa, Türk hukukuna benzer bir şekilde, bir akıl hastalığı savunmasına konu olabilmektedir<sup>82</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere akıl hastalığından kaynaklı otomatizm hallerinde fail hakkında beraat değil akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğunun olmadığı kararı (*NCR-MD: not criminally responsible on account of mental disorder*) gündeme gelir.

#### IV. KUSUR İLKESİNE UYGUNLUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Türkiye ve Kanada farklı hukuk sistemlerinin benimsendiği iki ülkedir. Fakat her iki ülkede de faile atfedilecek bir kusurun, kişiyi cezalandırmanın temel nedeni olduğu vurgulanmaktadır. Çünkü modern ceza hukukunda netice sorumluluğu kabul edilmemiş olup, kasta veya taksire dayanan kusurun varlığı araştırılmadan, sadece illiyet bağının mevcut olduğundan bahisle faili cezalandırmak mümkün değildir<sup>83</sup>. Kusurluluk için ön şart ise failin kusur yeteneğine sahip olmasıdır. Kusur yeteneği, failin (1) doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilmesini yani anlama ve algılama yeteneğini ve (2) davranışlarını yönlendirebilmesini yani isteme yeteneğini ifade eder<sup>84</sup>. Kural olarak kusur yeteneğinin suçun işlendiği zamanda var olması aranır<sup>85</sup>. Nitekim TCK de “fili işlediği sırada...” ifadelerine yer vererek buna işaret etmiştir. Çalışma kapsamında ortaya çıkan soru şudur: İradî bir şekilde alınan alkol nedeniyle kusur yeteneğini kaybedecek derece sarhoş olan ve bu durumdayken suç işleyen failin cezalandırılması kusur ilkesine uygun mudur?

Öncelikle Türk doktrin ve uygulamasında tasarlanmış sarhoşluk bakımından failin cezalandırılmasının kusur ilkesine uygun olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Cezai sorumluluktan kurtulmak için kusur yeteneğini özgür iradesiyle kaldıran bir kişi suç işlediğinde, suçun işlendiği zamana değil, kişinin kendisini kusur yeteneğinden yoksun kıldığı zamana bakılır<sup>86</sup>. Çünkü failin işlendiği sırada kusur yeteneğinin olmadığı açık olmakla beraber kişinin kusur yeteneğini ortadan kaldıran, yani suça bir neden teşkil eden hareket iradî ve kusurludur. Nitekim kusur yeteneği mevcut değilken işlenen ve suç teşkil eden bu hareketlere “sebebinde/nedeninde serbest olan hareketler (*actiones liberae in causa*)”

<sup>82</sup> ALEXANDER, E R, “The Criminal Responsibility of Alcoholics and Drug Addicts in Canada”, *Saskatchewan Law Review*, Y. 1996, C. 31, S. 2, s. 71-102, s. 95-96.

<sup>83</sup> ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Ceza Hukuku, s. 582.

<sup>84</sup> ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Ceza Hukuku s. 583; DEMİRBAŞ, s. 369; HAKERİ, s. 361-362.

<sup>85</sup> DEMİRBAŞ, s. 370; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 379.

<sup>86</sup> DEMİRBAŞ, s. 370.

denilmektedir<sup>87</sup>. Kısaca *alic* olarak adlandırılan bu kuram, Alman hukuk sistemi içinde faydacı ve pratik bir yanıt ve araç olarak gelişmiş olup, temel bir hukuki ikileme cevap vermektedir. Bu ikilem, sarhoş bir suçluya (davranış) ve suç (zaman, zararlı eyleme yol açan olaylar dizisi, ardışık adımlar arasındaki neden-sonuç ilişkisi) yasal ilkelere sıkı sıkıya bağlı olarak dar bir bakış açısı ve çerçeve içinde bakılırsa, suçlunun katı cezai sorumluluğunun olmaması nedeniyle birçok suçun cezasız kalacak olmasıdır<sup>88</sup>. *Alic*, kasti veya taksirli olarak iki şekilde söz konusu olabilir. Fail kasti bir suç işlemek için kusur yeteneğini kasıtlı bir şekilde ortadan kaldırıyor ve bu haldeyken kasıtlı bir suç işliyorsa kasti *alic*; kasti veya taksirli olarak kusur yeteneğini ortadan kaldırmakla beraber fail, bir suç işleme kastı veya öngörüsü olmaksızın taksirli bir suç işliyorsa taksirli *alic* söz konusu olur<sup>89</sup>. Tasarlanmış sarhoşluk halinde kasti *alic* gündeme gelmektedir. Çünkü kasti *alic*'te aranan çifte kast gerekliliğini<sup>90</sup> bu sarhoşluk türü karşılamaktadır. Yargıtay da bu kabulden hareket etmektedir<sup>91</sup>:

*“Tasarlanmış suçta, actiones liberae in causa (sebebinde serbest olan hareketler) hükümleri uygulanacağından, şu konuda bir uyumsuzluk çıkmamaktadır ise de isteyerek sarhoşluğun diğer iki halinde isnad yeteneğinin ne suretle ve hangi sebebe dayanılarak kabul edileceği öğretide fikir ayrılıklarına yol açmaktadır.”*

<sup>87</sup> *Alic* kuramına ve kuramın dayandırıldığı istisna ve tipiklik modellerine ilişkin detaylı bilgiler için bkz. ATALAY, Ayşe Özge, **Ceza Hukukunda Actiones Liberae in Causa Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2019; TALAS, Serdar, **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (Actio Libera in Causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2011; TOPRAK, Ufuk, “Kasten veya Taksirle Kusur Yeteneğinin Ortadan Kaldırılmasının ya da Azaltılmasının Alman Hukuku’na Göre Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Actio Libera in Causa Formülü)”, **TAAD**, Y. 2012, C. 3, S. 10, s. 741-774; ÜNVER, Yener, “Sebebinde Serbest Hareketler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1999, s. 801-887. *Yüce, alic*'i “aslında özgür olan hareketler” şeklinde çevirmekte ve kullanmaktadır. Bkz. YÜCE, s. 308-309.

<sup>88</sup> FISCHER / REHM, s. 96.

<sup>89</sup> JESCHECK-WEIGEND, s. 447-448'den aktaran DEMİRBAŞ, s. 371.

*Talas*'a göre “kastlı *alic*'ten söz edilebilmesi için mutlaka kusur yeteneğinin de kasten ortadan kaldırılmasına ihtiyaç yoktur”, önemli olan kusur yeteneği bulunmayan durumda gerçekleştirilen kasıtlı haksızlık durumlarıdır. Dolayısıyla kastlı *alic* ve taksirli *alic* ayrımı gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsuruna göre yapılmalıdır. Yazara göre TCK m.34 kasti ve taksirli *alic*'i de içeren ancak daha geniş kapsamlı bir alanı düzenleyen bir hükümdür ve bu yönüyle *alic*'in uygulanması Alman hukukunda olduğu kadar tartışmalı ve karmaşık değildir. Bkz. TALAS, s. 142-143.

*Ünver*'e göre ise *alic*'in kasıtlı ya da taksirli olmasını belirleyen failin kusur yeteneğini kaldırırken gerçekleştirdiği davranışın kasıtlı veya taksirli olup olmamasıdır; kusur yeteneği bulunmayan durumda işlenen haksızlığın manevi unsuru önem arz etmez. Bkz. ÜNVER, s. 855.

<sup>90</sup> ATALAY, s. 282; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 340.

<sup>91</sup> Yargıtay CGK, 24.10.1983, E. 1983/215 K. 1983/358.

Gerçekten de kasıtlı, taksirli ve itiyadi sarhoşluk hallerinde, tasarlanmış sarhoşlukta olduğu gibi faille isnat edilecek yoğun bir kusur mevcut değildir. Çünkü fail, sarhoş olmayı istemekle beraber suç işlemeye yönelmiş doğrudan ya da olası bir kastı yoktur. İradi sarhoşluğun bu hallerinde failin ceza sorumluluğuna dair çeşitli teoriler üretilmiştir. Bu kuramlardan birine göre ceza sorumluluğunda kast esastır ve iradi tam sarhoşluk halinde kişinin irade ve şuur serbestisinden bahsedemeyeceğimizden bu kişide işlediği fiile ilişkin bir kast bulunmaz<sup>92</sup>. Dolayısıyla bu kişiler kasıtlı suç işleyemezler; sadece taksire dayalı ve cezalandırılması mümkün suçları işleyebilirler<sup>93</sup>. Bu nedenle iradi tam sarhoşlukta sadece kasten işlenebilen, diğer bir deyişle taksirli hali kanunda düzenlenmeyen, bir suçun işlenmesi halinde kişi cezalandırılmaz. Bazı yazarlarca bu görüş *alic* kuramı altında temellendirilir<sup>94</sup>. Taksirli *alic*'te fail kusur yeteneğini kasten veya taksirli olarak kaldırmakta ve fakat sonrasında işleyeceğini öngörmediği (hesaba katmadığı) bir suç işlemektedir<sup>95</sup>. Konumuz bağlamında fail, bu kurama göre, alkol tüketiminde sınırı koruma yükümlülüğüne aykırı olarak sarhoş olmuşsa, kusur yeteneği ortadan kalktıktan sonra işlediği suçlar bakımından sadece taksir sorumluluğu gündeme gelir<sup>96</sup>. Oysaki Türk hukukunda gerek mülga gerekse güncel TCK uygulamasında iradi olarak sarhoş olan kimsenin bu etki altındayken hem kasıtlı hem de taksirli suçlar işleyebileceği öngörülmüştür. *Özmen*'in ifadesiyle sarhoşluk etkisindeki failin “neden” sorumlu tutulacağı noktasında sarhoşluk öncesi hareketlere bakmak gerekirken, sorumluluğun “nasıl” olacağı konusunda sarhoşluk sonrasında yapılan hareketlere bakmak gerekir<sup>97</sup>. Fakat bu uygulamanın kusur ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde eleştiriler mevcuttur. Örneğin *Yüce*'ye göre, suç işleme kastı olmadan sarhoş olan ve suç işleyen kişinin kasıtlı bir suç nedeniyle cezalandırılabilmesi kusur ilkesine aykırıdır<sup>98</sup>:

<sup>92</sup> Aktaran EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 536-537.

<sup>93</sup> Aktaranlar DÖNMEZER / ERMAN, s. 441; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 536-537.

<sup>94</sup> İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 225; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 379-380.

<sup>95</sup> WESSEL / BEULKE'den aktaranlar KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 341; ÜNVER, s. 857.

<sup>96</sup> İÇEL / SOKULLU-AKINCI / ÖZGENÇ / SÖZÜER / MAHMUTOĞLU / ÜNVER, s. 225; TOPRAK, s. 755. *Ünver*'e göre taksirli *alic*'te önemli olan kişinin kusur yeteneğinin kalkması noktasında kusurlu olmasıdır ki bu taksir veya kast düzeyinde olabilir. Kusur yeteneği kalktıktan sonra somut eylemde failin kusur türüne göre sorumluluğu belirlenecektir. Yani taksirli *alic*'te de kişi kasıtlı veya taksirli bir suçtan sorumlu tutulabilecektir. Bkz. ÜNVER, s. 875.

<sup>97</sup> ÖZMEN, Erdi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Geçici Nedenlerin ve Alkol veya Uyuşturucu Madde Alımının Kusur Yeteneğine Etkisi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2012, C. 7, S. 19, s. 279-308, s. 304.

<sup>98</sup> YÜCE, s. 311.

“Gerçekte, ne yaptığını bilemeyecek duruma düşünceye değin içki içmek bir kusurdur. Ancak bu durumda suç işleyen kimsedeki kusur, işlediği suç için gerekli olan kast değildir. İşlediği suça göre bu kusur, olsa olsa taksirdir. Fail taksirle suç işlemekten sorumlu tutulabilir. Çünkü aslında serbest olan hareket kasıtlı değil, taksirlidir. Sarhoş, suç işlemek amacıyla içmedi; kendini kaybedinceye değin içtiği için kusurlu (taksirli) davranmış oldu. Bu kişinin işlediği suçu kasıtlı saymak gerçeğe uymayan bir varsayımdır.”

Belirtmek gerekir ki iradi sarhoşluk halindeki failin suç işleyebileceğine yönelik öngörüsünün kusur ilkesine uygunluk açısından nasıl bir kanuni temele oturtulacağı konusunda başka ülkelerde de benzer tartışmalar mevcuttur. Örneğin, Alman Ceza Kanunu §323a tam sarhoşluk suçunu düzenlemekte olup, failin kasten veya taksirle kendini sarhoş etmesi ve suç işlemesi halinde, kusur yeteneği olmadığı için ilgili suçtan cezalandırılmaması durumunda, bu kendine özgü suç dolayısıyla cezalandırılmasına hizmet eder<sup>99</sup>. Bu suçta failin sarhoşken bir suç işlemesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmekte ve kusurun bunu kapsamaması gerekmemektedir<sup>100</sup>. Bu düzenlemeye yapılan en büyük eleştiri failin kasten veya taksirle kendini sarhoş etmesinin suçun tek unsuru olarak ele alınması, failin sarhoş olurken bir suç işleme riskini öngörüp öngörmediğinin araştırılmamasıdır<sup>101</sup>.

*Carrara ve Manzini* tarafından geliştirilen bir diğer kurama göre, ceza sorumluluğunun esası kast olmakla beraber, tam sarhoşken suç işleyenlerin ceza

<sup>99</sup> Al. CK §323a - Tam sarhoşluk (*Vollrausch*)

“(1) Her kim, kasten veya taksirle, alkollü içecekler veya diğer sarhoş edici maddeler kullanarak kendini sarhoş eder ve bu durumda iken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ve sarhoşluğu nedeniyle kusur yeteneği bulunmadığı veya kusur yeteneği bulunduğu belli olmadığı için cezalandırılmazsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Verilecek ceza, sarhoşken işlenen fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamaz.

(3) Sarhoşken işlenen fiil, sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulabilen bir fiil ise, fiil sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulur.”

Almancadan Türkçeye çeviren ve aktaran: ERSOY, Uğur, “Alman Ceza Hukukunda Tam Sarhoşluk Suçunun Dogmatik Temelleri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD*, Y. 2021, C. 12, S. 2, s. 557-565, s. 558.

<sup>100</sup> ERSOY, s. 564. Yazar ayrıca Alman doktrininde egemen olan görüşün, §323a'nın, *ALIC*'in uygulanma imkânı bulunmadığı durumlarda devreye girebilecek bir norm olarak kabul edildiği yönünde olduğunu aktarmaktadır. Buna göre *ALIC*'in uygulanma imkânı varsa §323a'nın uygulanması mümkün değildir.

<sup>101</sup> ERSOY, s. 561-562. Al. CK §323a hükmü tam sarhoşluk halindeki failere uygulanmakla sınırlıyken, *alic* kısmi sarhoşluk gibi çeşitli sarhoşluk derecelerindeki olayları da kapsar ve yargı uygulamasında da çoğunlukla bu olaylara rastlanmaktadır. *Alic*, sarhoşluk ve suç arasındaki “içsel ilişki” gerekliliğini kapsarken, tam sarhoşluk suçunda bu eksiktir. Bkz. FISCHER / REHM, s. 98.

sorumluluğu “taksire dayanan sorumluluğun özel bir şeklidir<sup>102</sup>.” Bu görüşe göre failin cezalandırılmasının temeli taksir olup, işlediği suçlar onun manevi sorumluluğunu gerektirir: kişi taksirli suç işlemişse taksirli suçun cezasıyla, kasti bir suç işlemişse kasti suçun cezasıyla cezalandırılır<sup>103</sup>. Pozitivistlerin savunduğu bir başka kurama göre ise ihtiyari sarhoşlukta ceza sorumluluğunun tanınması manevi sorumluluktan ziyade kanuni sorumluluk çerçevesinde açıklanabilir<sup>104</sup>. Çünkü gerek taksirli suçlarda gerekse kasıtlı suçlarda sarhoşken suç işleyen bir kişinin içinde bulunduğu psikolojik durum bu suçları işleyen normal bir insanın içinde bulunduğu psikolojik durumdan oldukça farklıdır<sup>105</sup>. Kanun, ihtiyari sarhoşluğa özgü özel bir kanuni sorumluluk esası benimseyerek bu kişilerin genel kurallara tabi olmasından kaynaklanacak sosyal sakıncaları ve suistimalleri önlemek istemiştir<sup>106</sup>. Kanaatimizce Türk hukuku için günümüzde de geçerli olan kuram budur. Çünkü kanun koyucu TCK m.34’ü formüle ederken sadece alkolün iradi şekilde alınmasını sarhoşluğun ceza sorumluluğuna etki etmemesi noktasında tek kriter olarak ortaya koymuştur. Failin sarhoşluğun gerçekleşmesinde bir kusurunun olup olmadığı, bir suç işlemeyi isteyip istemediği ya da bunu öngörüp öngörmediği, sarhoşluğun kişinin kusur yeteneği üzerinde onu tamamen kaldıracak bir etki bırakıp bırakmadığı gibi birçok husus, kanunen tartışmaya kapalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus alkol bağımlılığının kronik zehirlenme noktasında olmasıdır ki bu da failin ceza sorumluluğunun akıl hastalığına ilişkin hükümler kapsamında olmasına neden olur.

Türk hukukundan farklı olarak Kanada hukukunda iradi sarhoşluğun kusur yeteneğini hiçbir koşulda etkilemeyeceğine dair kesin ve katı bir kabul sözü konusu değildir. Özellikle aşırı sarhoşluk olarak adlandırılan tam sarhoşluk hallerinde failin otomatizm savunmasına dayanıp dayanamayacağı, hangi suçlar için dayanabileceği, bu konuda ispat yükünün kimde olduğu, otomatizmin gerçek bir savunma olup olmadığı, *mens rea* ve *actus reus* unsurlarının hangisine etki ettiği gibi bir dizi tartışma günümüze kadar gelmiştir.

Bazı yazarlara göre, otomatizm, eylemin iradiliğini ortadan kaldırdığından onu bir savunma olarak değil ya suçun oluşumuna engel olan bir olay yani suçun unsurlarına etki eden bir durum olarak ya da önceki kusur durumlarında bir

<sup>102</sup> Aktaranlar DÖNMEZER / ERMAN, s. 441; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 537-538.

<sup>103</sup> DÖNMEZER / ERMAN, s. 441; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 537.

<sup>104</sup> DÖNMEZER / ERMAN, s. 440; EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 538.

<sup>105</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 538.

<sup>106</sup> EREM / DANIŞMAN / ARTUK, s. 538.

itham yöntemi (*method of inculcation*) olarak ele almak gerekir<sup>107</sup>. Bazı yazarlar ve yargıçlar gerek otomatizm gerekse akıl hastalığı savunmalarını suçun manevi unsurunu (*mens rea*) kaldıran bir şekilde yorumlarken, bazıları bu savunmaları *mens rea* şartından bağımsız olarak failin sorumluluğunu kaldıran genel savunmalar olarak nitelendirirler<sup>108</sup>. Kanada mahkeme içtihatlarında otomatizmi bir savunmadan ziyade suçun unsuruna etki eden bir hal olarak gören nitelendirmeler daha yaygındır. 1992 tarihli *R. v. Parks* davasında mahkemenin belirlemesi şu şekildedir<sup>109</sup>: “*Otomatizmden bir savunma olarak bahsedilse de kavramsal olarak iradilik şartının bir alt kümesidir ve bu da cezai sorumluluğun actus reus bileşeninin bir parçasıdır.*” Yine aynı kararda Yüksek Mahkeme, sanık tarafından otomatizm savunması ileri sürüldüğünde, ispat yükünün sanıkta olduğunu ve fakat uygun bir temel sağlanıp da jürinin önüne geldiğinde iddia makamının her zaman sanığın kendi iradesiyle hareket ettiğini kanıtlamak zorunda olduğunu; bu aşamada otomatizmin olmadığını makul bir şüphenin ötesinde kanıtlama yükümlülüğünün iddia makamına ait olduğunu belirtmiştir. Bu içtihat doktrinde de desteklenmiştir. Bazı yazarlar, benzer şekilde, her ne kadar “savunma” olarak kullanılsa da akıl hastalığından kaynaklanmayan (*non-insane*) otomatizmin esasen bir savunma değil, sadece iddia makamının “iradi bir fiili (*actus reus*) kanıtlama yükümlülüğünü yerine getiremediği iddiası” olduğunu savunur<sup>110</sup>. Bu yazarlara göre bu tür otomatizmin savunma olarak adlandırılmasının nedeni sanık tarafından delil olarak ileri sürülmesi gereken bir şey olmasından kaynaklanır<sup>111</sup>. Dolayısıyla otomatizmin akıl hastalığı kaynaklı olup olmaması, ispat yükünün kimde olduğu noktasında da önemlidir. Akıl hastalığı kaynaklı otomatizm savunmasını ileri süren sanığın bunu olasılıklar dengesine (*balance of probabilities*) göre kanıtlaması gerekirken; akıl hastalığı kaynaklı olmayan otomatizm savunması ileri süren bir sanığın, eylemlerinin iradi olmadığına dair makul bir şüphe ortaya koyması yeterlidir<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> CHILD / REED, s. 167.

<sup>108</sup> SCHOPP, Robert F., **Automatism, Insanity, and the Psychology of Criminal Responsibility: A Philosophical Inquiry**, Series: Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 23.

<sup>109</sup> *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/907/index.do>, E.T. 20.07.2024.

<sup>110</sup> GRANT / SPITZ, s. 226. Otomatizmin, failin, her suçun temel bir unsuru olan “iradi davranış” yerine getirmediğinin steno bir açıklaması (*shorthand explanation*) olduğu şeklindeki benzer bir görüş için bkz. CHILD / REED, s. 185.

<sup>111</sup> GRANT / SPITZ, s. 226, dn. 12.

<sup>112</sup> GRANT / SPITZ, s. 226, dn. 14.

1999 tarihli *R. v. Stone* davasında ise otomatizm savunmasının, kişinin eylemlerinin iradi olmadığı iddiası anlamına geldiği, sanığın bu savunmasının jürinin önüne gelebilmesi için uygun bir temel oluşturması gerektiği, bunun da otomatizm için ispat yükünün yerine getirilmesine eşdeğer olduğu belirtilmiştir<sup>113</sup>. Mahkeme'ye göre, sanık, davranışının iradi olmadığına yönelik iddiasına uygun temel oluştururken psikiyatrik kanıtlar sunmalıdır. Sanığa düşen bu ispat yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için dikkate alınması gereken diğer faktörler ise şunlardır: tetikleyici uyarının şiddeti, doğrulayıcı görgü tanıkları delili, otomatistik benzeri dissosiyatif durumlara ilişkin doğrulayıcı tıbbi geçmiş, suç için bir dürtü olduğuna dair delil olup olmadığı ve otomatizmi tetiklediği iddia edilen kişinin aynı zamanda otomatistik şiddetin mağduru olup olmadığı<sup>114</sup>. Mahkeme'ye göre sanık tarafından uygun bir temel oluşturulduktan sonra, duruşma hâkimi sanığın iddia ettiği durumun akıl hastalığı mı yoksa akıl hastalığı olmayan otomatizm mi olduğunu belirlemelidir. Duruşma hâkimi, sanığın muzdarip olduğunu iddia ettiği durumun bir akıl hastalığı olmadığı sonucuna varırsa, savunma, jüri (*trier of fact*) önüne getirilir. Jüri, sanığın irade dışı hareket edip etmediğinin olasılıklar dengesinde kanıtlanıp kanıtlanmadığını sorgular; kanıtlandığını tespit ederse, dava mutlak beraat ile sonuçlanır. Dolayısıyla *R v. Parks* davasında, fiilin iradi olduğunu makul bir şüphenin ötesinde kanıtlama yükümlülüğü iddia makamına aitken, *R v. Stone* davasında, fiilin iradi olmadığını olasılıklar dengesi çerçevesinde kanıtlama yükü savunmaya devredilmiştir<sup>115</sup>.

*R. v. Stone* davasında karşı oy kullanan yargıçlar, bu içtihat değişikliğini eleştirir. Onlara göre otomatizm kavramsal olarak iradilik (*voluntariness*) şartının bir alt kümesi, dolayısıyla suçun maddi unsurunun (*actus reus*) bir parçasıdır. Bu savunma, savcılığın suçun tüm unsurlarını makul bir şüphenin ötesinde kanıtlama kabiliyetini tartışmaya açar. Her ne kadar aklı başında bireylerin kendi iradeleriyle yaptıkları veya yapmadıkları eylemlerden sorumlu oldukları var sayılsa da, sanığın suçun işlendiği sırada bilincinin yerinde olmadığına dair uzman ifadesiyle desteklenen inandırıcı kanıtlar sunması halinde böyle bir iradilik çıkarımı yapılamaz. Sanığın durumunun akıl hastalığı otomatizmi ve akıl hastalığı olmayan otomatizm olarak hâkim tarafından sınıflandırılması, iddia makamının iradilik unsuru da dâhil olmak üzere suçun tüm unsurlarını kanıtla-

<sup>113</sup> *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290.

<sup>114</sup> *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290.

<sup>115</sup> GLANCY / PATEL, s. 452.



ma yükümlülüğünden kurtaramaz<sup>116</sup>. Yukarıda yer verilen *R. v. Daviault* ve *R. v. Brown* davalarında da görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme ilerleyen yıllarda iddia makamının suçun tüm unsurlarını makul bir şüphenin ötesinde kanıtlamak zorunda olduğunu ve bunun otomatizmin öne sürüldüğü davalarda da geçerli olduğunu ortaya koymuştur.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin önceki içtihatlarında 33.1 maddesine yönelik olarak öne çıkan en büyük eleştiri sarhoş olmaya yönelik kusur ve iradiliğin, şiddet suçu için gereken kusur ve iradiliğin yerine ikame edilmesidir. Mahkeme'nin 2022 yılında Kanada Ceza Kanunu'nun 33.1 maddesini iptal ederken öne çıkardığı en büyük gerekçe de budur. Nitekim Kanada Parlamentosu da söz konusu eleştiriye dikkate alarak 33.1. hükmünü yeniden düzenlemiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin Kanada Ceza Kanunu'nun 33.1 maddesini iptal ederken bu konuda dile getirilecek endişeler için sunduğu gerekçe ise şu şekildedir: Yüksek Mahkeme'nin bu kararı yalnızca bir kişinin otomatizm durumuyla sonuçlanacak kadar aşırı sarhoşluğa neden olan maddeleri almayı seçtiği ve ardından başka bir kişiye zarar verdiği nadir durumlarda geçerlidir<sup>117</sup>. Dahası Mahkeme'ye göre tek başına alkol neredeyse hiçbir zaman otomatizme yakın bir aşırı sarhoşluk haline neden olmaz. Kanada Adalet Bakanlığı da benzer şekilde Yüksek Mahkeme'nin sarhoşluğun, saldırı ve cinsel saldırı da dâhil olmak üzere cezai fiillerin işlenmesi için bir savunma olmadığı konusunda net olduğunu, dolayısıyla söz konusu kararların, sarhoşken suç işleyen bir kişinin dâhil olduğu vakaların büyük çoğunluğu için geçerli olmadığını hatırlatmaktadır<sup>118</sup>. Dahası sanık, eylemleri üzerinde iradi kontrolünün olmadığı aşırı sarhoşluk durumunda olduğunu, bilirkişi delillerini kullanarak kanıtlarken yüksek bir çıta'yı karşılayabilmelidir<sup>119</sup>.

Kanada kanun koyucusunun yeni 33.1 hükmüyle taksirli sarhoşluk halinde otomatizm savunmasına dayanılabilmesi için gerekli şartları açıkça belirlemesi dikkat çekicidir. Buna göre fail genel kast içeren suçlarda otomatizm savunmasına dayanabilmek için aşırı sarhoşluğun gerçekleşmesinde taksir derecesinde dahi bir kusurunun olmaması gerekir. Burada aranan özen yükümlülüğü hem sarhoş edici maddelerin tüketiminin aşırı sarhoşluğa neden olabileceği hem de

<sup>116</sup> *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290.

<sup>117</sup> *R. v. Brown*, 2022 SCC 18.

<sup>118</sup> <https://www.canada.ca/en/department-justice/news/2022/06/government-of-canada-acts-quickly-to-address-extreme-intoxication-with-proposed-changes-to-the-criminal-code.html>, E.T. 20.07.2024.

<sup>119</sup> <https://www.canada.ca/en/department-justice/news/2022/06/government-of-canada-acts-quickly-to-address-extreme-intoxication-with-proposed-changes-to-the-criminal-code.html>, E.T. 20.07.2024.

kişinin başka bir kişiye zarar vermesine yol açabileceği riskinin objektif olarak öngörülebilirliğine ilişkindir. Bu noktada kişinin riskten kaçınmak için yaptıkları ve diğer ilgili koşullar da göz önünde bulundurulur. Söz konusu düzenleme sarhoşluğun gerçekleşmesi sırasında suç işleme riskinin öngörülebilirliğini kanuni bir temele oturtması noktasında Türk ve Alman düzenlemelerine kıyasen kusur ilkesine daha uygun bir görünüme kavuşmuştur.

## SONUÇ

Aydınlanma çağını takiben suçta bireysel kusur ya da kınanabilirlik ilkesi benimsenmekle beraber, toplumlar alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında suç işleyenleri ceza hukukundan muaf tutma konusunda isteksizdir<sup>120</sup>. Ceza hukukunun caydırıcılık amacı göz önünde bulundurulduğunda bu isteksizlik elbette ki anlaşılırdır. Kişinin suç işleyeceğini bilerek hareket ettiği tasarlanmış sarhoşluk bakımından ceza sorumluluğunun kalkmayacağı yönündeki kabul ceza adaletine uygundur. Çünkü kusur yeteneğini kaybettiği zamanın öncesinde ve bir suç işleyeceğinin bilincinde ve bu amaç doğrultusunda kusur yeteneğini tamamen kasıtlı ve planlı olarak kendi eliyle ortadan kaldıran bir failin “kusurunun” ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Burada kusur tartışmasının ön plana çıktığı sarhoşluk halleri kasıtlı, taksirli ve itiyadi sarhoşluk halleridir. Çünkü söz konusu sarhoşluk hallerinde alkolün tüketilmesi iradi olmakla beraber sonrasında alkolün etkisiyle suç işlenebileceğine yönelik bir “öngörü” mevcut olmayabilir.

TCK m.34’ün formülasyonu göz önüne alındığında, Türk kanun koyucunun, iradi olarak alınan alkolün kusur yeteneğini etkileyebileceğine dair bir tartışmanın yapılmasını bir suç politikası olarak yasakladığı açıktır. Çünkü maddede sarhoşluğun tasarlanmış, kasıtlı, taksirli veya itiyadi olarak ortaya çıkması noktasında hiçbir ayrıma gidilmemiş, önemli olan alkolün iradi bir şekilde alınmış olması olduğu ortaya konulmuştur. Böyle bir formülasyonun, suç işleme kastı olmaksızın ortaya çıkan taksirli ve hatta kasıtlı tam sarhoşluk hallerinde kusur ilkesinden ayrılmak olduğu iddia edilebilir. Doktrinde de TCK m.34/2 hükmünün kusur yargısını fiilin işlendiği zamana değil daha önce gerçekleşmiş bir zaman dilimine götüren bir istisna normu olduğu ve kusur ilkesi ile uyumsuz olduğu ifade edilmiştir<sup>121</sup>. Görüşlerine iştirak ettiğimiz bu yazarlar,

<sup>120</sup> ALBRECHT, Hans-Jörg, “Addiction, Intoxication, Criminal Law and Criminal Justice”, **European Addiction Research**, Y. 1998, C. 4, S. 3, s. 85-88, s. 85.

<sup>121</sup> Bkz. İSFEN, Osman, “TCK md.34/2’de Düzenlenen İstisna Modelinin Kusur İlkesi ile Bağdaştırılabilirliği Konusunda Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**

bu modelden vazgeçilmeyecekse failin ceza sorumluluğunun en azından önceden öngörülen veya öngörülebilir suçlarla sınırlandırılması gerektiğini de savunmaktadır<sup>122</sup>. Gerçekten de ilgili hüküm, failin bir suç işleme öngörüsünde olmaksızın sarhoş olduğu ve kusur yeteneğinden tamamen yoksun olduğu bir haldeyken suç işlediği durumlarda, sarhoşluğun gerçekleştiği kusurla işlenen suç arasında kurulacak bağlantı noktasını açıklamakta yetersizdir. Dahası failin tam sarhoşluk halinde işlediği suçun türü de önemsizdir. Hâlbuki Kanada hukukunda içtihatlarla konu olduğu üzere, belirli suçların işlenmesi için gereken kastın yoğunluğu daha fazladır ve tam sarhoşluk halindeki failin bu kastı oluşturamayacağından bahisle davranışının iradi olamayacağı yönünde bir tartışmanın ortaya çıkması da mümkündür.

Türk ceza hukuku doktrininde tam sarhoşluk olarak adlandırılan sarhoşluk, Kanada ceza hukuku doktrininde ve içtihatlarında otomatizm olarak tezahür eder. Çünkü gerek tam sarhoşlukta gerekse otomatizm halinde kişi hareket yeteneğine sahip olmakla beraber hareketlerinin kontrolünü kaybetmiş, eylemleri artık bilinçli bir insan ürünü sayılamayacak duruma gelmiştir. Kanada içtihatlarında da belirtildiği üzere otomatizm halini alacak bir aşırı sarhoşluk hali nadir olmakla beraber mümkündür. Dahası alkolün neredeyse hiçbir zaman tek başına otomatizme yol açmayacağı da ifade edilmektedir. Yine bu ülkenin içtihatlarında belirtildiği üzere, burada otomatizm durumunu kanıtlamak ilk aşamada sanığın üstlenmesi gereken bir ispat yükü olduğundan, esasen bu “savunma benzeri” kurumun her davada kolaylıkla kabulü, endişe edildiği kadar yaygın da olmaz. Kanada hukukunda iradi olarak sarhoş edici madde almanın mahkûmiyet için gereken suç kastının yerini alamayacağına Yüksek Mahkeme’nin son içtihatlarıyla da vurgulandığı ve bunun kanun koyucu tarafından da dikkate alındığı gözlemlenmiştir.

si, Y. 2016, C. 1, S. 1, s. 1-46, s. 41; TALAS, s. 199. Alkolün suç davranışının gerçekleşmesindeki etkisine dair genel kanı nedeniyle, suç ile mücadelede kusur ilkesinden ayrılmanın kabul edilemez olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. YÜCE, s. 312.

<sup>122</sup> Bkz. İSFEN, s. 41; TALAS, s. 199.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, **Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961.

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Addiction, Intoxication, Criminal Law and Criminal Justice”, **European Addiction Research**, Y. 1998, C. 4, S. 3, s. 85-88.

ALEXANDER, E R, “The Criminal Responsibility of Alcoholics and Drug Addicts in Canada”, **Saskatchewan Law Review**, Y. 1996, C. 31, S. 2, s. 71-102.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet, Ankara, 2023.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Gerekçeli Türk Ceza Kanunları**, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.

ATALAY, Ayşe Özge, **Ceza Hukukunda Actiones Liberae in Causa Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

CHILD, JJ / REED, Alan, “Automatism is Never a Defence”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Y. 2014, C. 65, S. 2, s. 167-186.

*Cooper v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 1149 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4496/index.do>, E.T. 20.07.2024.

**Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46** (çevrimiçi) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>, E.T. 20.07.2024.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

*Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (çevrimiçi) [https://thelawmatics.in/case-note-director-of-public-prosecutions-v-beard-1920-a-c-479/#Director\\_of\\_Public\\_Prosecutions\\_V\\_Beard](https://thelawmatics.in/case-note-director-of-public-prosecutions-v-beard-1920-a-c-479/#Director_of_Public_Prosecutions_V_Beard), E.T. 20.07.2024.

DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, Editörler: Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, Barış Erman, Fulya Eroğlu & R. Murat Önok, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997.
- ERKUL, Fikriye, ““Common Law” Hukukunun Gelişimi”, **Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi**, Y. 2023, C. 8, s. 2087-2105.
- ERSOY, Uğur, “Alman Ceza Hukukunda Tam Sarhoşluk Suçunun Dogmatik Temelleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD**, Y. 2021, C. 12, S. 2, s. 557-565.
- FISCHER, Benedikt / REHM, Jürgen, “Alcohol Consumption and the Liability of Offenders in the German Criminal System”, **Contemporary Drug Problems**, Y. 1996, C. 23, S. 4, s. 707-729.
- GLANCY, Graham / PATEL, Kiran, “The Ontario Court of Appeal Takes a New Look at Automatism in R v. Sullivan”, **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, Y. 2022, C. 50, S. 3, s. 450-459.
- GLANCY, Graham / PATEL, Kiran / HEINTZMAN, Marissa / SCHNEIDER, Richard M., “An International Comparison and Review of Self-Induced Intoxication Causing Automatism”, **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, Y. 2023, C. 51, S. 3, s. 401-410.
- GRANT, Isabel / SPITZ, Laura, “Criminal Law-Defences-Automatism - Accused Killing While Sleepwalking - Acquittal or Not Guilty by Reason of Insanity: R. v. Parks”, **The Canadian Bar Review**, Y. 1993, C. 72, s. 224-262.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet, Ankara, 2023.
- İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsün / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2004.
- İSFEN, Osman, “TCK md.34/2’de Düzenlenen İstisna Modelinin Kusur İlkesi ile Bağdaştırılabilirliği Konusunda Eleştirel Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 1, S. 1, s. 1-46.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- LATIMER, Jeff / LAWRENCE, Austin, **The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study**, Department of Justice Canada, Research and Statistics Division, 2006.
- Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2567/index.do>, E.T. 20.07.2024.
- MACMILLAN-BROWN, Heather, “No Longer “Leary” About Intoxication: In the Aftermath of R. v. Daviault”, **Saskatchewan Law Review**, Y. 1995, C. 59, S. 2, s. 311-333.

MADEN, Mehmet, “İngiltere ve Galler’de Ceza Hukuku Sorumluluğuna Mâni Olan Bir Kurum Olarak Otomatizm”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. XXIV, S. 4, s. 585-611.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

ÖZMEN, Erdi, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Geçici Nedenlerin ve Alkol veya Uyuşturucu Madde Alımının Kusur Yeteneğine Etkisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2012, C. 7, S. 19, s. 279-308.

*Rabey v. R.*, [1980] 2 S.C.R. 513 (çevrimiçi) [https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4507/index.do?site\\_preference=normal](https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/4507/index.do?site_preference=normal), E.T. 20.07.2024.

*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/388/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Brown*, 2022 SCC 18 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19389/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Chan*, [2004] 3 S.C.R. 245, 2004 SCC 57 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2172/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1172/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 871 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/907/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Ruzic*, [2001] 1 S.C.R. 687, 2001 SCC 24 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1861/index.do?q=ruzic>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1705/index.do>, E.T. 20.07.2024.

*R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19390/index.do>, E.T. 20.07.2024.

SCHOPP, Robert F., **Automatism, Insanity, and the Psychology of Criminal Responsibility: A Philosophical Inquiry**, Series: Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

TALAS, Serdar, **Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (Actio Libera in Causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı**, 2011.

- The Queen v. George*, [1960] S.C.R. 871 (çevrimiçi) <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/7284/index.do>, E.T. 20.07.2024.
- TOPRAK, Ufuk, “Kasten veya Taksirle Kusur Yeteneğinin Ortadan Kaldırılmasının ya da Azaltılmasının Alman Hukuku’na Göre Ceza Sorumluluğuna Etkisi (Actio Libera in Causa Formülü)”, **TAAD**, Y. 2012, C. 3, S. 10, s. 741-774.
- ÜNVER, Yener, “Sebebinde Serbest Hareketler”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1999, s. 801-887.
- YEO, Stanley, “Clarifying Automatism”, **International Journal of Law and Psychiatry**, Y. 2002, C. 25, S. 5, s. 445-458.
- YÜCE, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri Cilt 1: Genel Bilgiler, Ceza Hukukunun Yürürlüğü, Suç Teorisi**, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1982.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-175)**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2021.





# Israrlı Takip Suçunda Yer Alan Israr Kavramının Hukuki Niteliği ve Suç için Öngörülen Yaptırım Özelinde Tehdit Suçuyla İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme<sup>(\*)</sup>

An Evaluation on the Legal Nature of the Concept of Persistence in the  
Offense of Persistent Stalking and Comparative Analysis with the  
Offense of Threat in Terms of the Sanctions Foreseen for the Offense

Ertuğrul ÜNAL<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Esas itibarıyla hazırlık hareketi niteliğinde bir suç tipi olan ısrarlı takip ile mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşama, ayrıca tipik hale getirilmiştir. Bu şekilde hukuki değerlerin daha etkin korunması amaçlanmıştır. Maddede, suçun oluşması için aranan maddi unsurlardan biri de seçimlik hareketlerin ısrarlı şekilde gerçekleştirilmesidir. Israr terimi, suçun kesintisiz şekilde gerçekleştirilmesi mi yoksa seçimlik hareketlerin tekrar eder şekilde ifasını mı gerektirdiği tartışmalıdır. Benzer bir tartışma, Alman Ceza Kanunu bakımından da yapılmış ve Alman Ceza Kanununun 238'inci maddesinin ilk şeklinde yer alan ısrar terimi, 'tekrarlayan' ile değiştirilmiştir. Israrın salt hareket unsuru kapsamında ele alınmasının yeterli olup olmadığı da tartışmalıdır. Israr kavramında; mağdurun iradesine ve kanuna karşı kayıtsızlık teşkil eden hareketin gelecekte de devam edeceğinin ortaya konulmasının mündemiç olduğu kabul edildiğinde, ısrarın suçun manevi unsuru ve hakim tarafından normatif değerlendirme olmak üzere birden fazla fonksiyon icra ettiği ileri sürülebilir. Buna ek olarak benzer nitelikteki tehlike suçu olan tehdit ile mukayese edildiğinde, aslında bu suçları suçunu kapsamına alması gereken bir tipiklik ihtiva eden ısrarlı takip suçunda, failin, mağdura yönelik tehditte bulunmasına maddede yer verilmemiş, her iki suçun suçunun da aynı aralıkta belirlenmiştir. Seçimlik hareketlerin kaç defa icra edilmesi halinde suçun maddi unsurunun oluşa-

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.09.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545536>

Bu makaleye atf için: ÜNAL, Ertuğrul, "Israrlı Takip Suçunda Yer Alan Israr Kavramının Hukuki Niteliği ve Suç için Öngörülen Yaptırım Özelinde Tehdit Suçuyla İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme", **İMHD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 549-570

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: ertugrul.unal@medeniyet.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0025-9317>

cağı bu meyanda önem arz eder. Suçun mütemadi şekilde işlenmesinin, bu suça vücut verip veremeyeceği de tartışmalıdır. Çalışmamızda, ısrarın suç tipindeki fonksiyonu ve suç için öngörülen yaptırım Alman Ceza Kanunu ile mukayeseli şekilde ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

Tekrar Eden Hareket, Kanuna Karşı Kayıtsızlık, Tipikliği Kaldıran Rıza, Alternatif Tipiklik, Mütemadi Suç.

### Abstract:

With stalking, which is essentially a type of crime that is a preparatory act, the stage before the occurrence of more serious acts against the material and moral personality or body integrity of the victim has also been made typical. In this way, it is aimed to protect legal values more effectively. In the article, one of the material elements sought for the occurrence of the offense is the persistent performance of the optional acts. It is controversial whether the term “persistence” requires the continuing act of the offense or the repetitive performance of the optional acts. A similar discussion has been made in the German Criminal Code and the term ‘persistence’ in the first version of Article 238 of the German Criminal Code has been replaced with ‘repetitive’. It is also controversial whether it is sufficient to consider persistence only within the scope of the element of action. When it is accepted that the concept of persistence includes the demonstration that the act, which constitutes indifference to the will of the victim and the law, will continue in the future, it can be argued that persistence performs more than one function, including the moral element of the crime and the normative evaluation by the judge. In addition to this, when compared with the threat, which is a danger crime of a similar nature, in the crime of stalking, which actually contains a typicality that should cover these crimes, the perpetrator’s threat to the victim is not included in the article, and the punishment of both crimes is determined in the same range. The number of times the optional acts are performed. It is also controversial whether the repeated commission of the offense will give rise to this crime. In our study, the function of persistence in the crime type and the sanction foreseen for the crime will be discussed in comparison with the German Criminal Code.

### Keywords:

Repetitive Act, Indifference to the Law, Consent Removing Typicality, Alternative Typicality, Continuous Crime.

## GİRİŞ

Arapça bir kelime olan ısrar, sözlükte; “direnme, ayak direme, üsteleme, üstünde durma” anlamlarına gelmektedir<sup>1</sup>.

Bir suç tipi özelinde fiilde sebat etme, ısrar gösterme, daha önce yalnızca huzur ve sükunu bozma suçunda (m.123) mevcuttu. 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanunla TCK’ya eklenen ısrarlı takip suçunda da seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi suçun tipikliği açısından yeterli görülmemiş, ayrıca ısrarlı şekilde icra edilmesi aranmıştır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumunun sözlüğünde ısrar kelimesi için (çevrimiçi): <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 08.04.2024.

<sup>2</sup> Madde metni şu şekildedir: “**İsrarlı takip MADDE 123/A- (1)** *İsrarlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya*

Esas itibariyle sosyal ilişkiler kapsamında cezaya müstahak bir haksızlık teşkil edip etmediği belirsiz olan bazı davranışların, mağdurda meydana getirdiği etki de dikkate alınarak haksızlık içeriğinin artması neticesinde hukuki değerlerin daha etkin şekilde korunması kapsamında tipikleştirilmesi için maddede seçimlik olarak sayılan hareketlerin belirli tarzda işlenmesi aranmıştır<sup>3</sup>. Bu meydana Alman Ceza Kanununda düzenlenen ısrarlı takip suçunun (Nachstellung) oluşması için 10.08.2021 sayılı değişiklikten önce seçimlik hareketlerin “ısrarlı” şeklide gerçekleştirilmesi aranmışken, daha sonra bu kavram, “tekrar eden” olarak düzenlenmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi ise suçun oluşması için gerekli şartların azaltılması suretiyle hukuki değerlerin daha etkin korunması olarak şekilde nitelendirilmiştir. Zira ısrar kelimesinin tipikliği daraltan bir fonksiyona sahip olduğu mütalaa edilmiştir<sup>4</sup>.

TCK'nın ısrarlı takip suçunu düzenlediği 123/A maddesinde ise, ısrar terimi tercih edilmiş ve bu suçla yakın bağlantı içerisinde bulunan tehdit suçuna, nitelikli hal olarak yer verilmemiştir. Buna ek olarak suç için öngörülen hapis cezası da tehdit suçuyla aynıdır.

Makalemizde, suçun maddi unsurları arasında yer alan, ancak manevi unsur açısından da fonksiyon icra eden ısrar kavramı, bu kavramının kapsamı, sınırları ve fonksiyonu belirlenmeye çalışılacaktır. Bu meydana suç tipinin koruduğu hukuki değer ve tipiklik unsurları hakkında da kısa bilgi verilecektir. Son olarak suç için öngörülen yaptırım, tehdit suçuyla mukayeseli şekilde ele alınacaktır. Tehdit suçunun seçilmesinin sebebi, aynı hukuki değeri koruyan iki suç tipinin çoğu zaman birlikte tezahür etmesinin imkan dahilinde olmasına rağmen iki suç tipinin de ceza aralığının aynı olmasıdır. Ayrıca bu iki suç tipinin haksızlık içeriklerinin de farklı olduğu kanısındayız.

---

*çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Suçun; a) Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi, b) Mağdurun okulu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması, c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi, hâlinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Bu maddede düzenlenen suçun sovruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır”.*

<sup>3</sup> BOZBAYINDIR, Ali Emrah / ÖNOK, Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda İsrarlı Takip Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022/1, s. 295-376, s. 297; TAŞKIN, Şaban Cankat, “İsrarlı Takip Suçu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2023, 10(1), s. 91-135, s. 101.

<sup>4</sup> SONNEN, Bernd-Rüdeger, “§238 Nachstellung”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2023, Rn. 12a. Ayrıca bkz: EISELE, Jörg, §238 in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, Rn. 3.

## I. TCK’NIN 123/A MADDESİYLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bir suçla korunan hukuki değerın tespiti, özellikle suçun özel görünüş şekillerinden olan fikri içtima ve görünüşte içtimada önemli işlevi haizdir. Zira asli norm - tali norm ilişkisinde aynı hukuki değere yönelen saldırımın yoğunluğunun artması veya suçun safhaları (hazırlık hareketi niteliğindeki suç, teşebbüs ve tamamlanmış suç) dikkate alınır. Ayrıca gerek fikri içtimada gerekse de görünüşte içtimada fiil teklifi belirlenirken, farklı yüksek hukuki değerlerin ihlal edilmemesi şartı vardır.

İsrarlı takip suçunun TCK’da yeni bir suç tipi olması; failin düzenli olarak çok sayıda, bazen çok heterojen bireysel eylemlerden oluşan, genellikle ancak birleştirildiklerinde ve tekrarlandıklarında mağdur için makul olmayan bir sıkıntıya sebebiyet veren davranışlarda bulunmasından kaynaklanmaktadır<sup>5</sup>. Başlı başına cezaya müstahak bir haksızlık teşkil etmediği varsayılan bu davranışlar, ampirik çalışmaların ve sosyal hayattaki gelişmelerin ışığında tipik hale getirilmiştir. Zira kişilerin, esas itibariyle başlı başına cezaya müstahak bir haksızlık içeriğine sahip olmayan ancak bir bütün halinde ele alındığında yaşam tarzlarını, irade ve hareket hürriyetlerine ciddi şekilde zarar veren takip hareketlerine sosyal hayatta sıkça maruz kaldıkları ileri sürülmüştür<sup>6</sup>.

İsrarlı takip suçu, hürriyete karşı suçlar altında düzenlenmiştir. Bu suçla ilk olarak mağdurun yaşam biçimi, diğer bir anlatımla özel hayatı korunmaktadır<sup>7</sup>. Bundan kasıt, kişinin dilediği gibi ilişki kurma özgürlüğü ve yaşam alanına müdahale edilmemesi hakkıdır. Buna ek olarak maddede açıkça kişinin fiil sebebiyle huzursuzluk duyma veya güvenliğinden endişe etmesi arandığından, hukuki değerın taşıyıcısı olan mağdurun iç huzuru da korunmaktadır<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Bu hareketlerin suç olarak düzenlenmesinin aleyhindeki görüşler hakkında geniş bil için bkz: BOZBA-YINDIR / ÖNOK, s. 310.

<sup>6</sup> FISCHER, Thomas, §238 in: **Strafgesetzbuch**, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, s. 1679, Rn. 1; ROXIN, Claus, “Der Stalking-Tatbestand”, **Goldammer’s Archive für Strafrecht**, Y. 2020, C. 167, S. 8, s. 460-469, s. 462. Bu arayış ilk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde başlamıştır. Gbi: MEYER, Frank, “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht”, **ZStW**, 2003, Band 115, Heft 2, s. 251. Süreç içerisinde ısrarlı takip fiilleri ile idari tedbir ve özel hukuk sorumluluğu kapsamında mücadele edilmeye çalışılması da söz konusu olmuştur. Örneğin Şiddete Karşı Koruma Kanununda uzaklaştırma kararı gibi bir takım önlemler düzenlenmiştir. Bkz: MEYER, s. 268; ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 2009, S. 11, s. 101 - 127, s. 109; DÜLGER, Murat Volkan, “Normatif Düzenleme Açısından İsrarlı Takip Suçu (TCK m.123/A)”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022, C. 8, S. 2, s. 21 - 57, s. 24.

<sup>7</sup> TULAY, Emre, “İsrarlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2024, C. 14, S. 1, s. 62.

<sup>8</sup> MEYER, s. 284; SONNEN, Rn. 14; ROXIN, s. 465. İç huzurun, kişinin psikolojik yönden sükun içerisinde yaşamaması olarak tanımlayan görüş için bkz: GÜLŞEN, Recep, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)”, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, S. 1, s. 7; KOCASAKAL, Ümit, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015, S. 2, s. 115.

Israrlı takip suçunun ihdas amacı; vücut dokunulmazlığı ve hürriyete karşı suçlar bağlamında, bu suçların ön alanını teşkil eden safhadaki kanuni boşluğu kapatarak etkin bir hukuki koruma sağlanmasıdır<sup>9</sup>. Bu kabul, fiilin haksızlık içeriğinin cezaya müstahaklığını desteklemektedir. Çünkü suç teşkil eden seçimlik hareketlerin mahiyeti dikkate alındığında, salt iç huzurun ceza hukuku kapsamında korunmaya değer bir hukuki menfaat olarak tanınmasına yardımcı olmaktadır<sup>10</sup>. Hukuki değer niteliği ve ısrarlı takip olgusunun çeşitliliği nedeniyle, suç teşkil eden davranışın kesin bir tanımını yapmak zordur. Bu nedenle doktrinde yasa koyucunun anayasaya uygunluk bakımından tamamen itiraz edilemeyecek bir hüküm oluşturmayı başaramadığı ileri sürülmektedir<sup>11</sup>.

Doktrinde bu suç tipinin 123'üncü maddedeki huzur ve sükunu bozma suçuyla aynı hukuki değeri koruduğu belirtilmektedir<sup>12</sup>. Nitekim suç tipinin ihdasından önce kişiyle arkadaşlık kurmak için ısrarlı şekilde teklifte bulunulması, huzur ve sükunu bozma suçu kapsamında mütalaa edilmekteydi<sup>13</sup>.

Madde gerekçesinde de; “*mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamada ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanması amaçlandı*” belirtilmiştir<sup>14</sup>. Ancak bu suçla korunan hukuki değer doğrudan yaşama hakkı veya vücut bütünlüğü olduğunu söylemek, maddede sayılan seçimlik hareketler de dikkate alındığında mümkün değildir. Suç tipinin hürriyete karşı suçlar altında düzenlenmesi bizce de isabetlidir.

## II. İSRARLI TAKİP SUÇUNUN TİPİKLİK UNSURLARI

Suç tipinde ısrarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken hareketler; fiziken takip etmek, haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanmak suretiyle temas kurmaya çalışmak şeklinde sınırlı sayıda sayılmıştır.

<sup>9</sup> Meyer'e göre ısrarlı takip, mala zarar vermeyi (araba lastiklerini kesmek, boya sürmek), cebri, tehdidi, vücut bütünlüğüne karşı suçları ve hatta aşırı durumlarda kasten öldürme suçlarını da içerir. Zira Mağdur temas kurmayı reddederse veya faille ilişki içerisinde olmak istemediğini açıkça belirtirse, davranışın bu sayılan suçlara dönüşme riski vardır (MEYER, s. 253). Her ne kadar müellif burada içermek/kapsamak (umfassen) kelimesini kullanmış ise de kanaatimizce ısrarlı takip suçunun, bu suçlar açısından bir hazırlık hareketi safhasını oluşturduğunu vurgulamak istemektedir.

<sup>10</sup> Dülger, s. 31.

<sup>11</sup> EISELE, Rn. 4; Eiden, Joachim, “§238 StGB: Vier neue Absätze Gegen den Stalker”, ZIS, 3/2008, s. 124.

<sup>12</sup> KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 519.

<sup>13</sup> GÜLŞEN, s. 10.

<sup>14</sup> MITSCH, Wolfgang, “Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch”, NJW, 2007, s. 1242.

Bu nedenle ısrarlı takip suçu, seçimlik ve bağlı hareketli suç tipidir<sup>15</sup>. Suçun serbest hareketli suç olarak düzenlenmemesi, “gibi”, “vesair” veya “hukuka aykırı başka bir hareketle” şeklinde benzetme yoluyla fiil unsurunda belirsizlik oluşturulmaması, sade, basit ibarelerin kullanılması, kanunilik ilkesi açısından isabetlidir<sup>16</sup>.

Buna ek olarak suç tipi, maddede sayılan seçimlik hareketlerin birden fazla yapılmasını aradığını kabul ettiğimizden, mütemadi suç değil, çok hareketli suç şeklinde kaleme alınmıştır. Madde metninde yer alan ısrar kavramının hareketler üzerinde icra ettiği fonksiyon, hareketlerin kesintisiz şekilde gerçekleştirilmesi değil, failin kanuna karşı kayıtsızlığını ortaya koyar tarzda hareket çokluğu içerisinde birden fazla işlenmesidir. Bu meyanda fail, aynı hareketi tekrarlayabileceği gibi, önce seçimlik hareketlerden birini, sonrasında da diğerini gerçekleştirebilir. Örneğin ilk önce mağduru evine kadar takip eden fail, mağdurun evine girmesiyle kesintiye uğrayan bu fiilin akabinde, üçüncü kişiyle haber de yollayabilir<sup>17</sup>.

Mağdurda ciddi huzursuzluk veya kendisinin ya da yakınlarının güvenliğinden endişe duyması şeklindeki unsur netice olarak ele alan görüş, bunları da kastın kapsamına dahil etmektedir<sup>18</sup>. Mağdurdaki ciddi huzursuzluk veya güvenliğinden endişe duyma hakkında failin normatif bir değerlendirmede bulunması gerekmez. Hukukçu olmayan kişi tarafından yapılacak paralel değerlendirme (Parallelwertung in der Laiensphäre) ile bu sonuca varılması yeterlidir. Ayrıca fiil ile netice arasında şart teorisine göre belirlenecek nedensellik bağı ve objektif isnadiyetin de mevcut olması gerekir<sup>19</sup>.

Israrlı takip suçunun bir elverişlilik suçu (soyut-somut tehlike suçu) olarak ihdas edilmesi, mağdur üzerinde ciddi huzursuzluk veya kendisinin ya da yakınlarının güvenliğinden endişe etme gibi subjektif bir bağlantı noktasına nazaran normun tatbikinde çıkacak sorunlara karşı tercih edilebilecek bir kanun yapma tekniği arz edebilir. Nitekim AİCK'nın 238'inci maddesi, ilk başta netice suçu şeklinde ihdas edilmiş fakat suç isnatlarıyla mahkûmiyet sayıları arasındaki ciddi tutarsızlık sebebiyle hüküm eleştirilmiştir. Bu nedenle hükümde failin cezalandırılabilmesi için; “mağdurun

<sup>15</sup> TULAY, s. 65; TEMİZ GÜL, Yağmur, **Israrlı Takip Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 95; ÖZAR, s. 1407.

<sup>16</sup> MEYER, s. 282; MITSCH, s. 1238; ROXIN, s. 466; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 113. 123'üncü maddede yer alan hukuka aykırı başka bir hareketle şeklindeki hareket unsurunun eleştirisi için bkz: GÜLŞEN, s. 10.

<sup>17</sup> FISCHER, §238, s. 1682, Rn. 7; EISELE, Rn. 25.

<sup>18</sup> KOCASAKAL, s. 138; TAŞKIN, s. 115; MULLER, Philipp Georg, **Zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des §238 Abs.1 StGB**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, s. 196.

<sup>19</sup> SONNEN, Rn. 50; ÜNVER, s. 114; DÜLGER, s. 41; MITSCH, s. 1240.

yaşam düzenini ciddi şekilde bozmaya elverişlilik” şeklindeki normatif şart getirilerek suç, soyut-somut tehlike suçuna dönüştürülmüştür<sup>20</sup>.

Israrlı takipte, fiilin mağdurda bir etki doğurması arandığında mağdurun davranışlarına göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Buna karşılık elverişlilik suçu olarak ihdas edildiğinde, failin fiiline bağlı bir değerlendirme öne çıkmaktadır<sup>21</sup>. Elbette burada tercih tamamen suç politikasına bağlıdır. Zira elverişlilik olarak yapılacak düzenleme normun tatbik alanını genişletecek, cezalandırılabilirliği öne çekecektir<sup>22</sup>. TCK’da böyle bir düzenleme şeklinin tercih edilmemesi bizce isabetlidir. Çünkü zaten haksızlık içeriği tartışmalı olan bir suç tipinde cezalandırılabilirliğin daha da öne çekilmesi kişi hak ve hürriyetleri açısından ayrı sorunlara sebebiyet verebilecektir.

Aslında 123/A maddesinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan; fiilin “Mağdurun okulu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulu veya işini bırakmasına neden olması” (m.123/A/2-b) şeklinde sayılan daha ağır neticeler, fiilin mağdurda meydana getirdiği etkilerin üçüncü bir kişi tarafından en net gözlemlenebilir şekillerini teşkil etmektedir<sup>23</sup>. Bu sayılanlar, görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça vücut vermektedir. Bunlar dışında, mağdurun bir yere (ev, okul veya iş yeri) giderken kullandığı olağan güzergahı değiştirmesi, ekstra güvenlik önlemleri almak durumunda kalması, alışkanlıkları ya da sosyal faaliyetlerini değiştirmesi daha ağır netice teşkil etmemekle birlikte, birinci fıkrada yer alan objektif cezalandırılabilme şartı (diğer görüşe göre netice) açısından dikkate alınabilecek vakılardır<sup>24</sup>.

Telesekreter kullanımı ya da delillerin korunması amacıyla dinleme sistemi kurulması gibi nispeten basit tedbirlerle önlenilecek takip olgusunun, ısrarlı takip suçunun objektif cezalandırılabilme unsuru açısından yeterli olmadığı buna karşılık mağdurun evden yalnızca üçüncü bir kişi eşliğinde ayrılması, iş yerini veya evini değiştirmek gibi diğer koruyucu önlemler alması bu suç kapsamında mütalaa edilmiştir<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> EISELE, Rn. 29; NOWAK, Julia, “Nachstellung als konkreter Eignungsdelikt”, **Juristische Schulung**, 2018, C. 12, s. 1180-1183, s. 1180; BOZBAYINDIR / ÖNOK, s. 315. Hükmün ilk şeklinde fiilin mağdurun yaşam tarzını ciddi şekilde bozması aranmaktaydı. Bkz: EIDEN, s. 127.

<sup>21</sup> Netice veya objektif cezalandırılabilme şartının aranmasının mağdurların etkin bir şekilde korunabilmesinin kapsamını daralttığı yönünde bkz: MULLER, s. 206.

<sup>22</sup> FISCHER, §261, s. 1889, Rn. 4c; NOWAK, s. 1182.

<sup>23</sup> TEMİZ GÜL, s. 113; ÖZAR, Süleyman, “Israrlı Takip Suçu (TCK m.123/A)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 71, S. 3, s. 1397-1430, s. 1418.

<sup>24</sup> Tulay, s. 82; Doğan, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, s. 139; Roxin, s. 464.

<sup>25</sup> Brandenburgisches OLG, 23.11.2009, 1 Ss, 93/09, Rn. 11.

Mağdurda huzursuzluk, güvenliğinden endişe etme veya yaşam biçiminin bozulması şeklinde aranan unsur, sübjektif ve objektif şekilde çifte değerlendirilmeye de tabi tutulabilir. Böylece mağdurun sadece öznel ve bireysel olarak suçun neticesini yaşamasını değil, aynı zamanda mağdurun şahsi özelliklerini taşıyan ortalama bir kişi açısından da fiilin bu sayılanlara yol açmaya elverişli olması şeklinde bir değerlendirme yapılabilecektir. Böylece fail açısından objektif bir değerlendirme de getirilerek hukuki belirsizlikler önlenecektir<sup>26</sup>. Bu görüşün sakıncası, mağdura, rızasının olmadığını faile açıkça belli etmesi şeklinde bir misyon yüklemesidir. Bu nedenle objektif olarak mağdurun rızasının bulunmadığı anlaşılabilirse, mağdurun ayrıca faile karşı açık irade beyanında bulunması, fail hakkında idari tedbir talep etmesi gibi somut bir harekete geçme aranmamalıdır<sup>27</sup>.

Suçun nitelikli halleriyle birlikte 2'nci fıkranın b bendini de nitelikli haller kapsamında mütalaa eden görüş mevcuttur<sup>28</sup>. Kanaatimizce suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hususiyet şeklinde tezahür etmeyen, bilakis tipikliğin unsurlarından ayrı olarak daha ağır neticeyi teşkil eden bu bent, bir nitelikli hal değildir. Ayrıca bentte aranan daha ağır netice, başka bir suça vücut vermediği için görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğunu da belirtmek gerekir<sup>29</sup>.

Alman Ceza Kanunundan farklı olarak failin yetkisiz şekilde bu suçu işlemesi gerektiği madde metninde açıkça zikredilmediğinden, yetkisiz olma kastın kapsamında mütalaa edilmez. Hukuka uygunluk sebepleri içerisinde yer alır<sup>30</sup>. Bunun pratik sonucu, failin fiilini işlediği sırada buna yetkisi olduğuna dair hatası durumunda, failin yetkisiz olması madde metninde açıkça zikredildiği takdirde, bu hata kastın kapsamında olup suçun maddi unsurlarına ilişkin hata kapsamında mütalaa edilir. Böylece kanun koyucu, maddenin tatbik sahasını daraltmış olmaktadır<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Löhr, Gerda, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, s. 287.

<sup>27</sup> Roxin, s. 468. İsrarlı şekilde mağdurun ofisine gelen, cinsel içerikli elektronik posta yollayan ve mağdur olmadığı sırada evinin bahçesine giren sanığın fiili ile ilgili bir kararda; "Hatta mağdur, sanığın seminerlerine "izinsiz" katılmaya devam etmesine bile izin vermiştir. Ancak, ilgili kişi açıkça bu "izinsiz" katılma karşı medeni hukukun kendisine veya üniversite yönetimine tanıdığı haklarla harekete geçmemiş, bunun yerine daha hafif önlemlere başvurmuş, örneğin asistanların seminer sırasında failin arkasına oturması, sanki nihayetinde ilgili kişinin rızası veya onayı ile seminerlerine katılmıştır" denilmiştir. OLG Rostock, 27.05.2009, 1Ss, 96/09 I 40/09, Rn. 45.

<sup>28</sup> DÜLGER, s. 46.

<sup>29</sup> AKBULUT, s. 518.

<sup>30</sup> EIDEN, s. 126; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 524.

<sup>31</sup> SONNEN, RN. 50; EISELE, Rn. 26.



Takibin doğası gereği kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Suçun şikâyete tabi olmasından bağımsız olarak kişinin, fail tarafından takip edilmekte bir rızasının mevcut olması kanaatimizce hukuka uygunluk sebebi değil, tipikliği kaldıran rıza teşkil eder. Cinsel suçlar ile hürriyeti tahdit suçuna benzer şekilde suç tipi hakkında yapılan değerlendirci yorum, bu sonucu ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir anlatımla failin, mağdura yakınlaşma çabası zaten mağdur tarafından arzu edilen veya izin verilen bir olgu ise, sosyal anlamda haksızlık teşkil etmeyen bu hareketler açısından tipikliğin oluştuğundan da bahsedilemeyecektir. Bu kabulün suç genel teorisi eksenindeki sonucu, hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsuru kabul edildiği takdirde, fail bu rızayı bilmesede dahi, suçun maddi unsurları oluşamayacağından faile ceza verilemez<sup>32</sup>.

Israrlı takip suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Esas itibarıyla suç tipinde, “bilerek” şeklinde bir ibare almadığı için suçun olası kastla da işlenebileceğini kabul eden görüş mevcuttur<sup>33</sup>. Buna karşılık ısrar kelimesinin hem tipikliğin fiil unsuru içerisinde hem de manevi unsurda olmak üzere çifte etkisi mevcuttur. Zira failin maddede sayılan seçimlik hareketleri yapması yeterli olmayıp, bu hareketleri ısrarla gerçekleştirmesi arandığından, ısrarın sübjektif bir fonksiyona da sahip olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle fail, bu suçu ancak doğrudan kastla işleyebilir<sup>34</sup>.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde maddi unsura bakan objektif yönüyle seçimlik hareketlerin birden fazla kez işlenmesini, haksızlığın gerçekleştiriliş şeklindeki sübjektif yönüyle de failin gelecekte de mağdurun iradesine ve davranış normuna kayıtsızlığının süreceğini ifade etmektedir<sup>35</sup>.

### III. SUÇ TİPİ AÇISINDAN ISRAR KAVRAMI

Kelime anlamıyla bir şeyde ayak diretme, üsteleme anlamına gelen ısrar, ceza hukuku kapsamında yasakta direktme, yasağa karşı kayıtsız kalma şeklinde telakki edilebilir. Ancak doktrinde, bu tanıma bir ek unsur olarak “devam eden” ve “gelecekte de tekrarının olacağına fail tarafından ortaya konulduğu” kavramları da eklenmektedir<sup>36</sup>.

Bir tanıma göre ısrar; failden mağdura yönelen münferit yaklaşma hareketleri tek başına ele alındığında genellikle kısa süreli olsa da seçimlik olarak sayı-

<sup>32</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 520; TULAY, s. 80; AKBULUT, s. 566.

<sup>33</sup> TULAY, s. 76; LÖHR, s. 347; MULLER, s. 217.

<sup>34</sup> SONNEN, Rn. 49; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 523.

<sup>35</sup> FISCHER, s. 1687, Rn. 19; MULLER, s. 190.

<sup>36</sup> EIDEN, s. 126; DÜLGER, s. 34; MULLER, s. 189.

lan hareketlerden bir veya birkaçının süreklilik arz edecek şekilde ve hatta bazen günde birkaç kez işlenmesidir<sup>37</sup>.

Israr, suçun işlenmesinde kendini gösteren ve suçun tekrar işlenme riskini somut şekilde ortaya koyan, failin ceza normundaki yasağa karşı belirli bir ısrarı ve artan kayıtsızlığı anlamına gelir. Israr, suçun hareket unsurlarının genel bir değerlendirmesinin sonucudur. Bu nedenle sadece tipiklikteki seçimlik hareketlerin tekrarlanması yeterli değildir. Failin, mağdurun karşıt iradesini hiçe sayarak veya mağdurun isteklerine kayıtsız kalarak hareket etmesi gerekir. Ayrıca, failin genel hareket özgürlüğü de dikkate alınmalıdır<sup>38</sup>. Diğer bir anlatımla belirli dış koşulların ve fail ile mağdurun kişiliklerine bağlı olabilen davranış biçimlerinin teşkil ettiği zorluklara rağmen ısrarın özü, failin bilinçli, sürekli ve yoğun bir şekilde mağdurla temas kurmaya çalışmasıdır. Bu da ısrar kavramına, belirli davranışları suç tipinin dışarısında bırakmak üzere sınırlayıcı bir fonksiyon yüklemektedir. Bu fonksiyon, ispata ilişkin zorluğun yanında fiil ceza hukukunun benimsendiği bir sistem açısından tezatlık olarak da eleştirilmektedir<sup>39</sup>.

Alman Federal Mahkemesinin bir kararında, ısrar kavramının sınırlayıcı fonksiyonu şu şekilde nitelendirilmiştir:

*“Bu özellik bir yandan suçu sınırlandırmaya hizmet ederken, diğer yandan “takip” suçunun türünü ifade etmeyi ve yasa koyucu tarafından sosyal olarak kabul edilebilir görülen bireysel eylemleri istenmeyen “takip”ten ayırmayı amaçlamaktadır. StGB Madde 238 anlamında ısrar kavramı, nesnel zaman anlarının yanı sıra yasaya karşı uzlaşmazlık ve düşmanlık gibi öznel ve normatif unsurlarla karakterize edilir. (...) Mağdura zarar veren eylemin sadece tekrarlanmasıyla ilgili bir bağlantı amaçlanmamış olsa bile, failin bir defaya mahsus saldırısı, en başından itibaren süreklilik kriterini yerine getiremez. Bunun yerine, nesnel gereklilik, tekrarlanan, yani StGB Madde 238 (1) anlamında en az iki ısrarlı takip suçudur, ancak yukarıdaki açıklamalara uygun olarak öznel ve normatif kriterleri de yerine getirmelidir<sup>40</sup>.”*

Kararda açıkça vurgulandığı üzere, sosyal davranışlarla suç teşkil eden haksızlığı birbirinden ayırma amacına hizmet eden ısrar kavramı, normatif bir şekilde değerlendirilecek olmakla birlikte, seçimlik hareketlerin, mağdurun

<sup>37</sup> WEIß, Carolin, **Unrechtsausschluss bei zeitlich gestreckten Notlagen**, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, s. 40; ÜNVER, s. 113.

<sup>38</sup> WEIß, s. 40; BOZBAYINDIR / ÖNOK, s. 304.

<sup>39</sup> EISELE, Rn. 24; MEYER, s. 253.

<sup>40</sup> BGH, 3 StR, 19.11.2009, 244/09, Rn. 25.

aksine iradesine rağmen, en az iki kez gerçekleştirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>41</sup>. Bu nedenle ısrarlı takip suçunun çok hareketli bir suç olduğunu belirtmek gerekir.

Bir yargılama konusu olayda ise, birbirinden ayrı iki tehdit suçu arasında zaman olmasına rağmen, işlenen son fiil ile mağdurun iradesine aykırı şekilde kişisel alanına müdahale teşkil eden fiillerin tekrarlanacağına yönelik somut davranışların ortaya konulması sebebiyle bu iki izole davranışın, normatif bir şekilde birlikte ele alınarak ısrar unsuruna vücut vereceği kabul edilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

*“Bunlar, muhtemelen süreklilik kriterini karşılamayan iki münferit olay değil, davacıların irade özgürlüğüne genel bir saygısızlıkla karakterize edilen ve 2 numaralı davalının kişisel alanlarına müdahale etmeye devam edeceğini ve gelecekte de somut, muhtemelen doğrudan fiziksel tehditlere başvuracağını açıkça gösteren bir dizi davranışın doruk noktasıdır. Davalı no. 2 de bu koşulların farkındaydı.”*<sup>42</sup>

Yargıtayın huzur ve sükunu bozma suçuna ilişkin verdiği kararlarda; aynı gün içerisinde gerçekleşen mütemadi şekildeki tek bir takibin, huzur ve sükunu bozma suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir<sup>43</sup>. 123’üncü maddedeki suç açısından mağdura yaklaşma, takip etme hareketinin ısrar olarak nitelendirilmesi için tek bir izole olayda mütemadi şekilde bu fiillerin sürdürülmesi yeterli görülmüştür. Huzur ve sükunu bozma suçuna ilişkin doktrinde de benzer şekilde suçun, mütemadi bir suç olduğu belirtilmektedir<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> LÖHR, s. 333; MULLER, s. 191.

<sup>42</sup> OLG Karlsruhe, 10 U, 05.11.2021, 6/20, Rn. 72.

<sup>43</sup> “Katılının aşamalarındaki samimi anlatımları, sanığın ikrar içerikli savunması ile tanık ...ın beyanları nazara alındığında, suç tarihinden önceki dönemde başkasıyla evli olan katılanı beğenen sanığın olay günü markette gördüğü katılanı ısrarlı şekilde takip edip rahatsız etmesi üzerine katılanın yanındaki küçük çocuğuyla birlikte marketten ayrıldığı ve sanığın peşinden takip ettiği katılanın oturduğu binanın önüne gelerek içeriye girmesinin ardından bir süre daha bina önünde beklediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından sanığın eyleminin TCK’nın 123/1. maddesinde düzenlenen kişilerin huzuru ve sükununu bozma suçunu oluşturması nedeniyle bu suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan beraatine hükmedilmesi” Yarg. 14. CD, E. 2014/3372, K. 2015/8908, 05.10.2015; “Mağdurenin aşamalarındaki ifadeleri, savunma, tanık anlatımı ve tüm dosya içeriği nazara alındığında olay günü yürüyerek işe gitmekte olan on yedi yaşındaki mağdureyi kullandığı araçla ısrarlı şekilde takip eden sanığın, korna çaldıktan sonra kendisine bakan mağdureye “gideceğiz vere kadar sizi götürüyem” şeklinde beyanda bulunması eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkûmiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek cinsel taciz suçundan beraatine karar verilmesi” Yarg. 9. CD, E. 2021/1858, K. 2021/9223, 22.11.2021; Yarg. 14. CD, E. 2015/4819, K. 2016/6048, 16.06.2016.

<sup>44</sup> GÜLŞEN, s. 15.

Türk doktrininde, ısrardan maksadın, aynı veya farklı seçimlik hareketlerin tekrarlanması olduğu belirtilmektedir. Tek sefere mahsus iletişim çabalarının ısrar olarak nitelendirilemeyeceği söylenmekle birlikte, seçimlik hareketlerin ısrarın varlığını ortaya koyacak şekilde işlenmesi gerektiği, bu bakımdan bir gün boyunca mağdurun takip edilmesinin de bu suça vücut vereceği ileri sürülmüştür. Diğer bir anlatımla, bu görüş zorunlu olmamakla birlikte bu suçun mütemadi suç özelliği de gösterebileceğini savunmaktadır<sup>45</sup>.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş ise, mütemadi şekilde de olsa tek bir hareketin gerçekleştirilmesini, bu suçun oluşması açısından yeterli görmemektedir. Araya uzun bir fasıla girse dahi, suç tipinde yer alan seçimlik hareketlerin en az iki defa tekrarlanması gerekir<sup>46</sup>. Zira failin ısrarı, ceza normuna aykırılıkta sebat göstermesiyle ortaya çıkar. Federal Mahkeme kararlarında, belirli bir periyotla tekrarlanmamasına rağmen, ayrı zamanlarda gerçekleştirilen mağdurun iradesine kayıtsızlık şeklindeki yaklaşma fiilleri, ısrar olarak kabul edilmektedir. Düşüncemize göre olayın tamamını göz önünde bulundurarak bir yandan maddede sayılan seçimlik hareketler arasındaki zamansal yakınlık ve sübjektif bağlantı dikkate alınmalıdır. Failin iradesi ve mağdur açısından bu fiillerin devam edeceği yönündeki algı da belirleyicidir. Elbette bu durum, mağdurun özelliklerine sahip makul bir kişi kıstas alınarak yapılacak objektif değerlendirme ile tespit edilecektir<sup>47</sup>.

Karşı yöndeki görüş ise ısrarda salt fiile bakılacağını ve failin ısrar iradesinden bahsedilemeyeceğini, ısrarın bir davranış şekli olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>48</sup>.

İsrar kavramını, belirli yönde kesintisiz tekrar olarak nitelendirmek hukuki değerlerin etkin bir şekilde korunamaması riskini barındırmaktadır. Bu nedenle ısrarın, mutlaka ardışık tekrar şeklinde nitelendirilmesi yerine, failin ve mağdurun bakış açısını da dikkate alarak normatif şekilde hukuka aykırı iradenin devam ettirilmesindeki sebat olarak anlaşılması daha yerindedir. Bu şekilde fasıllara bölünmüş izole hareketler, bir bütünlük arz ediyor ve failin hukuka aykırılık bilincinin devam ettiğini gösteriyorsa, ısrar olarak nitelendirilebilir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 537; DÜLGER, s. 35.

<sup>46</sup> KOCASAKAL, s. 135.

<sup>47</sup> WEIß, s. 43; EIDEN, s. 127; BGHSt 54, 189.

<sup>48</sup> ÖZAR, s. 1408.

<sup>49</sup> LÖHR, s. 334.

İsrarın mütemadi suçlara benzer bir yapı arz etmesine rağmen, içerik olarak birbirinden farklı veya birbirine benzer ancak aynı amaca yönelik olarak, zaman içerisinde tekrar edilen bir eylemler zincirini ifade etmesi sebebiyle zaman içinde tekrarlanma ve devam etme kavramını barındırmakla birlikte ısrarlı takip olgusu mütemadi suçların genel niteliğinden farklılık gösterir. Zira salt fiilin devam etmesi, ısrar kavramında mündemiç sübjektif ve normatif unsurları barındırmamaktadır<sup>50</sup>.

Kanaatimizce ısrar kavramı, mütemadi şekilde olmayan, zincirleme suçta olduğu gibi aynı mağdura karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda gerçekleştirilen davranışlar şeklinde nitelendirilmelidir. Elbette burada zincirleme suçta benzerlik gösteren, zamansal ve mekânsal yakınlıktan yoksun şekilde birden çok fiilin, genel bir değerlendirme ile tek suç şeklinde telakki edilmesi ve yani aynı hukuki değer ve aynı hukuki değer taşıyıcısına karşı hareket edilmesidir. Fail, farklı zamanlarda iki kez seçimlik hareketlerden birini veya birden fazlasını, aralarında bir bütünlük arz edecek şekilde kanuna riayetsizliğini ve mağdurun aksi yöndeki iradesine kayıtsızlıkla hareket ettiğini ortaya koyacak tarzda gerçekleştirdiği takdirde, ısrar unsuru oluşacaktır. İsrarı belirleyici hale getiren ve tekrarlayan hareketten ayıran ise failin davranış normuna ve mağdurun rızasına karşı kayıtsızlığı ile bu davranışını sürdürme iradesini açıkça ortaya koymasındır<sup>51</sup>. Zincirleme suçta böyle bir şart aranmaz.

Alman Ceza Kanununun 238'inci maddesindeki ısrar kelimesi, 19.04.2021 tarihli ısrarlı takip suçuyla daha etkin mücadele ve siber zorbalık başlıklı kanun değişikliği ile 'tekrarlayan' olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik teklifinin gerekçesinde, ısrar sözcüğünün yeterli korumayı sağlamadığı, zira seçimlik hareketlerin salt tekrarlanmasının ısrar için yeterli olmadığı, ayrıca failin mağdurun iradesine ve ceza normundaki yasağa aykırı fiilini devam ettireceği yönünde bir sübjektif unsurun da gerektiği ileri sürülmüştür. Bu nedenle hukuki değerlerin daha etkin korunabilmesi için ısrardan daha basit bir nitelik arz eden tekrar, suçun maddi unsurları arasına alınmıştır<sup>52</sup>.

Değişikliğin gerekçesinde; *“StGB Madde 238 (1)’deki “ısrarla” teriminin “tekrar tekrar” terimiyle değiştirilmesi, hükmün uygulamada kullanımını kolaylaştırmakta ve mağdurların korunmasını da iyileştirmektedir. Böylece “ısrarla”*

<sup>50</sup> DOĞAN, s. 151. Karşı yönde bkz: KOCASAKAL, s. 143.

<sup>51</sup> NOWAK, s. 1181; BOZBAYINDIR / ÖNOK, s. 320.

<sup>52</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalking, Drucksache 19/28679, s. 12.

terimi, *sübjektif gerekliliklerden arındırılarak “tekrar tekrar” şeklindeki temel unsuruna indirgenmiştir*” denilmiştir.

Bu değişiklik dikkate alındığında, ısrarın gerçekten gün içerisinde gerçekleşen kesintisiz hareket ile oluşamayacağı söylenebilir.

Israr kavramının bir diğer sınırlayıcı fonksiyonu ise, maddede sayılan seçimlik hareketlerin birbiriyle ilgisiz şekilde salt tekrarlanmış olmasının suçun tipikliğini gerçekleştirmemesidir. Failin kastını ortaya koyacak şekilde, tekrarlanan hareketler arasında ısrara sebebiyet veren bir bağlantı olmalıdır. Bu da her somut olayda normatif bir değerlendirmeyi gerektirir.<sup>53</sup>

Israrın belirlenmesinde somut olayın genelinin hâkim tarafından değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılmalıdır. Bu hususta savunulan tespit modeline göre ısrarın 3 unsuru bulunmaktadır: 1- tekrarlanan hareketi içeren objektif unsur, 2- mağdurun rızasına aykırı davranışı gösteren sübjektif unsur ve 3- failin hukuk kuralına karşı kayıtsızlığını gösteren normatif unsur. Bu üç unsurdan birinin varlığı, diğerinin mevcudiyetine de karine teşkil eder.<sup>54</sup>

Israrlı takip suçunda, normal şartlarda sosyal uygunluk kavramı altında değerlendirilebilecek bazı hareketlerin, ısrarlı bir şekilde işlenmesi halinde cezalandırılması söz konusudur. Israr kriterinin yardımıyla ısrarlı takip suçunun kapsamı dışında tutulması gereken sosyal açıdan uygun davranışlara örnek olarak, Alman Ceza Kanununun maddeye ilişkin açıklama notunda, müşterek çocuklarına erişim haklarına ilişkin düzenlemeler yapmak için boşandığı eşiyle temas kurmak isteyen ebeveynler gösterilmektedir.<sup>55</sup>

Bu hususta verilen bir diğer örnek ise basın özgürlüğü ve Anayasa ile tanınan haklar kapsamında kalan ısrarlı haber taleplerinin de Anayasayla tanınmış basın hürriyetinin sınırlarını aşmadığı sürece “ısrar” kapsamında mütalaa edilemeyeceğidir.<sup>56</sup>

Israrlı takip suçunda, failin seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesinden sonra araya giren mağdurun rızası, ısrar unsurunu kesintiye uğratacaktır. Çünkü ısrarın, sübjektif bir unsur özelinde icra ettiği fonksiyon failin, mağdurun aksi yönde iradesine karşı gelmesini ihtiva etmektedir. Bu hususta bizim de iştirak ettiğimiz bir kararda şu açıklamalara yer verilmiştir:

<sup>53</sup> FISCHER, §238, s. 1686, Rn. 18; BOZBAYINDIR / ÖNOK, s. 304.

<sup>54</sup> FISCHER, §238, s. 1687, Rn. 19.

<sup>55</sup> LÖHR, s. 333.

<sup>56</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen, BT-Drucksache 16/575, s. 7.

*“Son olarak, ceza dairesine göre, Nisan 2015’in başlarında/ortalarında (yani ilk fiilden kısa bir süre önce) sanık tarafından gönderilen e-postalar ve mektupla ilgili olarak; “sanığın müştekiyle izinsiz temas kurduğunu bilerek hareket ettiği kanıtlanamaz. Bu arada müştekinin de kabul ettiği rızaya dayalı temaslar nedeniyle, sanık, sevgisine dair güvence verdiği ve ilişkiyi sürdürmek istediğini beyan ettiği mesajları göndermesine izin verilmemesi varsayamazdı” denilmiştir. Bu bulgular ışığında sanığın, uzlaşma ile kesintiye uğramayan ve daha sonra yenilenen, sürekli bir birleşik irade ile hareket ettiği ve mağdurun çatışan çıkarlarının farkında olmasına rağmen en başından beri aldığı bir pozisyona ve verdiği bir karara bağlı kaldığı sonucu yeterince çıkarılamaz<sup>57</sup>.”*

Karara benzer bir olayda failin beş kere aradığı eşi, iki kez telefona cevap vermiş 3 kez ise telefonu açmamıştır. Bölge Adliye Mahkemesi, iki kez telefonun cevaplandığını belirtmesine rağmen ısrar unsurunun oluşmadığı kabulüne ek olarak adeta suç tipinde özel kastın arandığı anlamına gelecek şekilde failin suç işleme kastıyla hareket etmediğini de eklemiştir. Kararın yalnızca ilk kısmına iştirak ediyoruz<sup>58</sup>.

İsrarın subjektif unsuru, yani failin iç dünyasına ilişkin bulunması gereken mağdurun iradesine karşı kayıtsızlık, suça iştirak açısından da sonuç doğurmaktadır.

Failin fiiline katılan kişi, salt mağdurla iletişim çabasına katkı sunmak üzere mağdura mesaj taşıdığı takdirde, kendisi açısından ısrar unsuru oluşmayacağından, yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Azmetirme açısından da aynı sonuç geçerlidir. Bu nedenle kendileri ısrarlı bir şekilde hareket etmeyen kişiler sadece şerik olarak kabul edilebilir, ancak fail olarak sorumlu tutulamaz. Elbette şerikliğinin diğer unsurlarında da mevcut olması gerekir<sup>59</sup>.

### III. İSRARLI TAKİP SUÇU İÇİN ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMIN TEHDİT SUÇUYLA MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

İsrarlı takip suçu, kişinin sosyal hayatta özgürce ilişkilerini tesis etme, bir ilişki kurmaya zorlanmama ve huzur ve sükûn içerisinde hayatını devam ettirme hakkını korumaktadır. Bundan mütevellit, suçla korunan hukuki değer, huzur ve sükunu bozma suçuna benzer mahiyet arz ettiği söylenebilir. Ancak buradaki

<sup>57</sup> BGH 4 StR, 31.08.2016, 197/16, Rn. 20.

<sup>58</sup> Antalya BAM 4. CD, E. 2023/1091, K. 2023/1950, 06.07.2023; TEMİZ GÜL, s. 109.

<sup>59</sup> EISELE, Rn. 24.

fiillerin, korunan hukuki değer açısından daha ağır bir tehlike teşkil etmesi sebebiyle haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu da belirtilmelidir<sup>60</sup>.

Bu kabule ilişkin bir eleştiri de normu uygulayacak olan hâkim ve normun özel önleme fonksiyonu açısından bir belirsizlik teşkil etmesidir. Zira hareketlerin hangi sıklıkta veya ne süreyle tekrarlanması gerektiği belirsizleşmektedir<sup>61</sup>.

Bu meyanda Alman doktrini ve içtihatlarında, seçimlik hareketlerin en az iki defa tekrarlanması ve gelecekte de failin aynı yönde davranacağı niyetinin belirli olması gerektiği şeklinde iki kriter ileri sürülmektedir. Zaten kanunda da bu gerekçelerle ısrarlı kelimesi, tekrar eden şeklinde değiştirilmiştir<sup>62</sup>.

Elbette gerek tehdit suçunda gerekse de ısrarlı takip suçunda, mağdurun iç huzuru ve özgürce karar verme hürriyet kısıtlanmaktadır. Ancak çok hareketli bir suç olan ısrarlı takipte, mağdura yakınlaşmak için mağdurun karşıt iradesine rağmen fail tarafından haksızlıkta diretme, tekrarlama söz konusudur.

Bu sayılanlara ek olarak, ısrarlı takip suçunda, failin, mağdura yaklaşma çabası reddedildikten sonra failin ısrarının devam etmesi arandığından, failin bu ısrarının tehlide dönüşmesi ve hatta baştan itibaren tehdit ile ortaya çıkması beklenen bir durumdur. Örneğin, failin; “benimle görüşmezse başına gelecekleri o düşünsün” şeklinde mağduru tehdit ettiğini varsayalım<sup>63</sup>. Bu örnekte, mağdurun görüşme talebine olumsuz cevap vermesi halinde, failin ikinci gün mağdurun iş yerinin önüne gitmesi söz konusu olursa, ısrarlı takip ve tehdit suçlarının her ikisinin birlikte oluştuğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Zira birinci gün yapılan tehdit, ayrıca cezalandırılırsa, çok hareketli bir suç olan ısrarlı takip suçunun ısrar unsuru, tehdit suçu zaten cezalandırılacağından, somut olayda oluşmayacaktır. Eğer iki hareket, ısrarlı takip suçu açısından bir bütün olarak telakki edilirse, bu durumda zaten tehdit suçu ile aynı cezanın öngörüldüğü ısrarlı takip suçundan verilecek cezanın bir anlamı olmayacak, failin haksızlık içeriği açıkta kalacaktır. Bu nedenle tehdit suçunun, ısrarlı takip suçunun içerisinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, **Özel Hükümler**, s. 533. Bu iki suç tipi arasında asli norm-tali norm ilişkisi olduğunu müatalaa eden görüş için bkz: ÖZAR, s. 1424.

<sup>61</sup> LÖHR, s. 335.

<sup>62</sup> EISELE, Rn. 25; Weiß, s. 41; LG Lübeck SchlHA 2008, 213, 213.

<sup>63</sup> Benzer örnek için bkz: NOWAK, s. 1181.

<sup>64</sup> MITSCH, s. 1240.



Tipikliğin unsurlarından olan ısrar, salt bir tekrar olarak nitelendirilemeyeceği, mağdurun karşı iradesine rağmen failin hareketlerindeki ısrarı ve bunların devamı yönündeki iradesini de içeren normatif ve sübjektif bir değerlendirmeyi de içerdiği kabul edildiğinden hem tehdit hem de ısrarlı takip suçu oluşmayacaktır<sup>65</sup>.

Tehdit suçu ile ısrarlı takip suçunun ceza aralığı aynı olduğundan fikri içtimanın tatbik edilmesi mümkün değildir. Ancak diğer bir görüş, verilen örneğe benzer durumlarda tehdit ile ısrarlı takip suçunun ayrı ayrı oluştuğunu, zira hareketler arasında tam bir örtüşme (tam ayniyet) bulunmadığını, bu nedenle failin iki suçtan da cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır<sup>66</sup>.

İsrarlı takip suçu ile aynı bölümde düzenlenen hürriyeti tahdit suçu da karşılaştırılmalıdır. İsrarlı takibin genellikle mağdurun hayatını ciddi şekilde kısıtlamasına, belirli yerlerden kaçınmasına ve muhtemelen korunan yaşam alanını hiç terk etmemesine yol açmaktadır. Bu bağlamda, ısrarlı takibin, hürriyeti tahdit suçu ile korunan mağdurun potansiyel hareket özgürlüğünü kısıtladığı kesinlikle söylenebilir. Bununla birlikte, hareket özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması, yani kişinin suçla ilgili özgürlük alanı içinde bulunduğu yeri değiştirme olasılığının fiilen ortadan kaldırılması neredeyse hiçbir zaman gerçekleşmez. İlgili kişinin istediği şekilde hareket edemeyeceği şekilde kısmi kısıtlamalar hürriyeti tahdit suçu oluşturmaz. Ancak ısrarlı takip suçunun mağduru genellikle, takip fiili dolayısıyla hareket özgürlüğünden mahrum bırakılmış hissedecektir<sup>67</sup>. 109'uncu maddede hürriyeti tahdit suçunun temel şekli için öngörülen yaptırım aralığı, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Doğrudan kişinin hareket hürriyetini kısıtlayan hürriyeti tahdit suçu, ısrarlı takip suçuna nazaran daha ağır bir haksızlık teşkil etmektedir. Bu bağlamda da kanun koyucu isabetli olarak daha ağır bir yaptırım öngörmüştür. Aynı bölümde düzenlenen tehdit suçu açısından ise fiilin haksızlık içeriği dikkate alınmamıştır. Kanaatimizce ısrarlı takip suçuna bir nitelikli hal eklenerek, suç tipi tehdit suçunu içerecek şekilde bileşik suç haline getirilmeli ya da ceza aralığı tehdit suçuyla farklılaştırılmalıdır.

Bu görüşümüze dayanak teşkil eden diğer bir husus ise, aynı hukuki değeri koruyan tehdit suçunun temel şeklinin uzlaştırma kapsamında olmasına karşılık, ısrarlı takip suçunun uzlaştırmanın dışında bırakılmasıdır. Her iki suç, aynı hu-

<sup>65</sup> BGH, 5 StR, 11.11.2020, Rn. 6.

<sup>66</sup> ÖZAR, s. 1422. Fikri içtimaan göre çözüme gidilmesi gerektiğini belirten görüş için bkz: TAŞKIN, s. 126.

<sup>67</sup> MEYER, s. 264.

kuki değeri korumakta ve aynı ceza aralıklarını öngörmektedir. Bu nedenle CMK'nın 253'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında değişiklik yaparak ısrarlı takip suçunu uzlaştırma kapsamının dışına çıkartan 7406 sayılı Kanunun 12'nci maddesinin gerekçesi<sup>68</sup> yol gösterici nitelikte değildir<sup>69</sup>.

Suçun uzlaştırmanın dışında bırakılması; kanun koyucunun bu suç tipini salt iç huzura karşı işlenen tehdit (m.109) ve huzur ve sükunu bozma (m.123) suçlarından farklı olarak ayrıca cinsel suçlarla, vücut dokunulmazlığına ve hatta hayata karşı suçların hazırlık hareketi mahiyetinde bir anlam da yüklemesinden kaynaklanan bir yaklaşıma dayandırılabilir<sup>70</sup>. Hal böyle iken suç için öngörülen ceza aralığı ile nitelikli hallerin sayısının da buna göre değiştirilmesi daha isabetli olacaktır.

Israrlı takip suçunun temel şekli, basit yargılama usulüne tabidir.

## SONUÇ

Israrlı takip suçu ile esas itibariyle sosyal ilişkiler kapsamında cezaya müstehak bir haksızlık teşkil edip etmediği belirsiz olan bazı davranışların tipikleştirilmesi söz konusudur. Bu nedenle suç tipinin kapsamının normatif bir ölçüyle daraltılarak, ceza hukukunun son çare olması ilkesiyle hukuki değerlerin etkin bir şekilde korunması arasında bir denge tesis etme ihtiyacı hasıl olmaktadır. Bu meyanda ısrarın tipikliği daraltan bir fonksiyonu haiz olduğunu düşünüyoruz.

Israrlı takip suçunun ihdas amacı, salt mağdurun iç huzurunu korumak değil, vücut dokunulmazlığı, hürriyete karşı suçlar ve hatta mağdurun hayatına karşı suçlar bağlamında, bu suçların ön alanını teşkil eden safhadaki kanuni boşluğu kapatarak etkin bir hukuki koruma sağlanmasıdır. Nitekim aynı hukuki değeri koruyan ve aynı ceza aralığının öngörüldüğü tehdit suçunun, uzlaştırma kapsamında olmasına rağmen ısrarlı takip suçunun kanun değişikliği ile kapsam dışına çıkartılması da kanun koyucunun bu görüşe ağırlık verdiği şekilde yorumlanabilir.

Suç, hareket bakımından bağlı ve seçimlik hareketli bir suçtur. Maddede düzenlenen mağdur üzerinde ciddi huzursuzluk veya kendisinin ya da yakınlarının güvenliğinden endişe etme gibi subjektif bir bağlantı noktası öngörülmüştür.

<sup>68</sup> “Maddeyle, 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılarak, ısrarlı takip suçunda uzlaştırma hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Zira ısrarlı takip suçunun koruduğu hukuki yarar, uzlaştırma kurumunun mahiyetiyle uyusmamaktadır”.

<sup>69</sup> TAŞKIN, s. 127.

<sup>70</sup> TULAY, s. 88; TEMİZ GÜL, s. 169.

Suçun bir elverişlilik suçu (soyut-somut) şeklinde ihdas edilmemesi, suç tipinin uygulanabilirliğini daraltmakla birlikte hazırlık hareketi niteliğindeki bu suç tipi açısından isabetsiz değildir.

Hürriyeti tahdit veya cinsel saldırı suçunda olduğu gibi bu suçta da madde lafzında yer almamasına rağmen, yapısı gereği rıza, tipikliği kaldıran rıza mahiyetindedir.

Suç tipinde tekrar eden yerine ısrar kavramının kullanmasının, basit bir terim farklılığı şeklinde anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Her ne kadar daha önce huzur ve sükunu bozma suçu (m.123) özelinde bu terim, mütemadi şekilde gerçekleştirilen belirli bir sıklıkta tezahür eden hareketler şeklinde anlaşılmakta idi ise de ısrarın fiil çokluğu içerisinde, en az iki kere gerçekleştirilen ve gelecekte de hareketlere devam edileceği yönünde failin iradesini ortaya koyan bir içeriğe sahip olduğu yönündeki görüşleri iştirak ediyoruz. Bu tanımdan dolayı ısrarın, hem maddi unsurlarda hem de haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan manevi unsurda fonksiyon icra ettiği sonucuna varıyoruz.

Kanaatimizce ısrar kavramı, mütemadi şekilde olmayan, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda gerçekleştirilen davranışlar şeklinde nitelendirilmelidir. Fail, farklı zamanlarda iki kez seçimlik hareketlerden birini veya birden fazlasını, aralarında bir bütünlük arz edecek şekilde kanuna riayetsizliğini ve mağdurun rızasının hilafına hareket ettiğini ortaya koyacak tarzda gerçekleştirdiği takdirde, ısrar unsuru oluşacaktır. İsrarı belirleyici hale getiren ve tekrarlayan hareketten ayıran ise failin davranış normuna ve mağdurun rızasına karşı kayıtsızlığı ile bu davranışını sürdürme iradesini açıkça ortaya koymasıdır.

İsrar kavramı, suçun manevi unsurunda icra ettiği fonksiyon; bu suç tipinde, “bilerek” şeklinde bir ibare almamasına rağmen suçun olası kastla işlenmesini engeller niteliktedir. Zira failin maddede sayılan seçimlik hareketleri yapması yeterli olmayıp, bu hareketleri ısrarla gerçekleştirmesi arandığından, ısrarın subjektif bir fonksiyona da sahip olduğunun kabulü gerekir. Zira fail bilerek kanuna ve mağdurun iradesine karşı kayıtsızlık derecesinde davranışlarını sürdürecektir.

İsrarın belirlenmesinde somut olayın genelinin hâkim tarafından değerlendirilmesiyle sonuca ulaşılmalıdır. Bu hususta savunulan tespit modeline göre ısrarın 3 unsuru bulunmaktadır: 1- tekrarlanan hareketi içeren objektif unsur, 2- mağdurun rızasına aykırı davranışı gösteren subjektif unsur ve 3- failin hukuk kuralına karşı kayıtsızlığını gösteren normatif unsur. Bu üç unsurdan birinin varlığı, diğerinin mevcudiyetine de karine teşkil eder.

İsrar kavramının bir diğer sınırlayıcı fonksiyonu ise, maddede sayılan seçimlik hareketlerin birbiriyle ilgisiz şekilde salt tekrarlanmış olmasının suçun tipikliğini gerçekleştirmemesidir. Failin kastını ortaya koyacak şekilde, tekrarlanan hareketler arasında ısrara sebebiyet veren bir bağlantı olmalıdır. Bu da her somut olayda normatif bir değerlendirmeyi gerektirir.

İsrarlı takip suçunda, failin seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesinden sonra araya giren mağdurun rızası, ısrar unsurunu kesintiye uğratacaktır. Çünkü ısrarın, sübjektif bir unsur özelinde icra ettiği fonksiyon failin, mağdurun aksi yönde iradesine karşı gelmesini ihtiva etmektedir.

İsrarın unsurlarına ilişkin yaptığımız açıklamalar çerçevesinde suç tipinde yer alan ısrarın; mağdurun aksi yönde iradesine ve kanuna karşı faildeki kayıtsızlığı ortaya koyacak tarzda maddedeki seçimlik hareketlerin birden fazla gerçekleştirilmesi ve normatif bir değerlendirme ile ileride de gerçekleştirilmeye devam edeceği sonucuna varılabilen, tek tek bakıldığında münferit yaklaşma hareketlerine benzer mahiyet arz etmesine rağmen genel değerlendirme ile bir bütünlük arz eden hareketler şeklinde tanımlanabilir.

İsrarlı takip suçu, diğer bir hürriyet karşı suç olan ve ceza aralığı da birebir aynı olan tehdit suçuyla yakın bir ilişki içerisinde. Aynı mağdurun iç huzuru olmak üzere aynı hukuki değeri koruyan bu iki suç tipinin ya ceza aralıklarının değiştirilmesi ya da tehdit suçuna, ısrarlı takip suçu içerisinde bir nitelikli hal olarak yer verilmesi suretiyle bileşik suç ihdas edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde failin ısrara vücut verecek hareketlerinden birini tehdit suçu oluşturduğu takdirde, alternatif tipiklik sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer iki hareket, ısrarlı takip suçu açısından bir bütün olarak telakki edilirse, bu durumda zaten tehdit suçu ile aynı cezanın öngörüldüğü ısrarlı takip suçundan verilecek cezanın bir anlamı olmayacak, failin haksızlık içeriği açıkta kalacaktır. Bu nedenle tehdit suçunun, ısrarlı takip suçunun içerisinde daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal teşkil etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aynı hukuki değeri koruyan bu iki suç tipinden tehdidin uzlaştırma kapsamında olmasına rağmen ısrarlı takip suçunun 7406 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle CMK'nın 253'üncü maddesinde yapılan değişiklik mucibince çıkartılması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah / ÖNOK, Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022/1, s. 295-376.
- DOĞAN, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2.
- DÜLGER, Murat Volkan, “Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m.123/A)”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022, C. 8, S. 2, s. 21 - 57.
- EIDEN, Joachim, “§238 StGB: Vier neue Absätze Gegen den Stalker”, **ZIS**, 3/2008.
- EISELE, Jörg, §238 in: **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- FISCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch**, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- GÜLŞEN, Recep, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)”, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, S. 1.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.
- KOCASAKAL, Ümit, “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123)”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015, S. 2.
- LÖHR, Gerda, **Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland**, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- MEYER, Frank, “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht”, **ZStW**, 2003, Band 115, Heft 2.
- MITSCHE, Wolfgang, “Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch”, **NJW**, 2007.
- MULLER, Philipp Georg, **Zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des §238 Abs.1 StGB**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

- NOWAK, Julia, “Nachstellung als konkretes Eignungsdelikt”, **Juristische Schulung**, 2018, C. 12, s. 1180-1183.
- ÖZAR, Süleyman, “İsrarlı Takip Suçu (TCK m.123/A)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 71, S. 3, s. 1397-1430.
- ROXIN, Claus, “Der Stalking-Tatbestand”, **Goldammer’s Archive für Strafrecht**, Y. 2020, C. 167, S. 8, s. 460-469.
- SONNEN, Bernd-Rüdeger, “§238 Nachstellung”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- TAŞKIN, Şaban Cankat, “İsrarlı Takip Suçu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2023, 10(1), s. 91-135.
- TEMİZ GÜL, Yağmur, **İsrarlı Takip Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- TULAY, Emre, “İsrarlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2024, C. 14, S. 1.
- ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2009, S. 11, s. 101 - 127.
- WEIß, Carolin, **Unrechtsausschluss bei zeitlich gestreckten Notlagen**, Berlin, Duncker & Humblot, 2019.

# **Özel Hukuk**

*Private Law*





# Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakkı Sözleşmesi ve Sözleşmeyle Elde Edilen Hakkın Hukuki Niteliği<sup>(\*)</sup>

The Right of Way Agreement in the Electronic Communications  
Sector and the Legal Nature of the Right Acquired Through the  
Agreement

Osman AÇIKGÖZ<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Elektronik haberleşme sektöründe kamu hizmeti niteliğindeki haberleşme hizmetini sağlayan işletmeci; sürekli, tam ve kesintisiz bir şekilde hizmeti sağlamakla yükümlüdür. Bunun için ciddi bir elektronik haberleşme altyapısına sahip olmak zorundadır. İşletmeci, elektronik haberleşme altyapısını tesis edebilmek için çoğu zaman özel ve kamu mülkiyetindeki taşınmazlardan yararlanmak zorundadır. Bu amaçla taşınmazların altında, üzerinde ve üstünde haberleşme alt yapısı kurma hakkını elde etmek için özel ve kamuya ait taşınmaz malikleri ile “Geçiş Hakkı Sözleşmesi” imzalamaktadır. Bunun neticesinde sözkonusu taşınmazlarda “geçiş hakkı” elde ederek, ülkenin en ücra yerlerine haberleşme hizmetini götürme imkânına kavuşmaktadır. Dolayısıyla geçiş hakkı, elektronik haberleşme sektörünün gelişimi bakımından üzerinde durulması gereken önemli konuların başında gelmektedir. Çalışmamızda, işletmeciye geçiş hakkı sağlayan geçiş hakkı sözleşmesi ile hukuki niteliği Türk Medeni Hukuku bağlamında inceleme konusu yapılacaktır.

## Anahtar Kelimeler:

Elektronik Haberleşme Sektörü, Elektronik Haberleşme Hizmeti, Geçiş Hakkı, Geçiş Hakkı Sözleşmesi, Zorunlu Mecra İrtifakı.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.08.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 09.09.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545630>

Bu makaleye atf için: AÇIKGÖZ, Osman, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakkı Sözleşmesi ve Sözleşmeyle Elde Edilen Hakkın Hukuki Niteliği”, **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 573-597

(\*\*) Doç. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [oacikgoz@29mayis.edu.tr](mailto:oacikgoz@29mayis.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4806-0937>

**Abstract:**

In the electronic communications sector, an operator providing public communication services is required to maintain continuous, full, and uninterrupted services. To achieve this, the operator must have a robust infrastructure, often needing to use both private and public properties. For this, a “Right of Way Agreement” is signed with property owners, allowing the operator to install communication infrastructure on, under, or above these properties. This right is crucial for expanding services, even to remote areas, and its legal nature is significant in the development of the electronic communications sector. This study will explore the legal nature of the Right of Way Agreement within the context of Turkish Civil Law.

**Keywords:**

Electronic Communications Sector, Electronic Communication Service, The Right of Way, Right of Way Agreement, Compulsory Channel Easement.

**GİRİŞ**

Elektronik haberleşme sektöründe<sup>1</sup> haberleşme hizmetini sunan işletmeci sürekli, tam ve kesintisiz bir şekilde hizmeti sağlamakla yükümlüdür<sup>2</sup>. Bu yükümlülük, haberleşme hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde bir hak olmasından<sup>3</sup> ve Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumunun<sup>4</sup> yetkilendirmesi kapsamındaki taahhütlerinden kaynaklanmaktadır<sup>5</sup>. İşletmeci, kamu hizmeti niteliğinde-

<sup>1</sup> Elektronik haberleşme sektörü: Elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektörü ifade eder. Bkz. Elektronik Haberleşme Kanunu (RG. 10.11. 2008, S. 27050), m.3/1; Söz konusu kanun metin içerisinde bundan sonraki kullanımlarda kısaca “EHK” olarak ifade edilecektir. Elektronik haberleşme (telekomünikasyon) sektörü hakkında geniş açıklamalar için bkz. ARIÖZ, Ali, **Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci**, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2015, s. 9 vd.; (çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/69-pdf>, E.T. 10.08.2024; Türkiye’de Telekomünikasyon sektörünün tarihi gelişimi hakkında geniş açıklamalar için bkz. İÇÖZ, Özge, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s. 54 vd.

<sup>2</sup> Kamu Hizmeti ve Elektronik Haberleşme Hizmetlerine ilişkin geniş açıklamalar için bkz. BIYIKLI, Mehmet, **Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Rejiminin Kanuni İstisnalarının Kapsamı, Sınırları ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara Çözüm Önerileri**, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, s. 4 vd. özellikle s. 11-13, (çevrimiçi) [https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/MEHMET\\_BIYIKLI.pdf](https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/MEHMET_BIYIKLI.pdf), E.T. 10.08.2024.

<sup>3</sup> Haberleşme hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde bir hak olduğu konusunda bkz. ÇAVUŞOĞLU, Ahmet Erdinç, **Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi**, İstanbul, 2007, s. 8; BIYIKLI, s. 33; GÜZGÜ, Baki, **Telekomünikasyon Alanında Kamu Hizmetinin Görülüşü Kapsamında Abonman Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2016, s. 40 vd.

<sup>4</sup> Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 40; IRMAK, Ali İhsan, **Türk Kamu Yönetiminde Bağımsız İdari Kurulların Yeri ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2013, s. 43 ve 84 vd.; Kurumun görev ve yetkileri hakkında bkz. EHK m.6 vd.; Metin içerisinde bundan sonra kısaca, “BTK” olarak ifade edilecektir.

<sup>5</sup> Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirket-

ki elektronik haberleşme hizmetini<sup>6</sup> sağlayabilmek için ciddi bir elektronik haberleşme altyapısına<sup>7</sup> sahip olmak zorundadır. Bu bağlamda işletmecinin en önemli yükümlülüklerinden birisi, haberleşme hizmeti için gerekli elektronik haberleşme alt yapısını kurmak, teknolojik gelişmelere bağlı olarak düzenli aralıklarla yenilemek ve bakımlarını yapmaktır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmek için haberleşme hizmetini sağlayacağı güzergahlar üzerinde bulunan özel ve kamu mülkiyetindeki taşınmazlardan yararlanmak zorunda kalmaktadır. Taşınmazların altında, üstünde, üzerinde haberleşme alt yapısı kurma hakkını elde etmek amacıyla özel ve kamuya ait taşınmaz malikleri ile “*Geçiş Hakkı Sözleşmesi*” imzalamaktadır. Sözleşmenin imzalanmasıyla söz konusu taşınmazlarda geçiş hakkı<sup>8</sup> elde ederek, ülkenin en ücra yerlere haberleşme hizmetini götürme imkânına kavuşmaktadır. Bu nedenle geçiş hakkı, elektronik haberleşme sektörünün gelişimi bakımından üzerinde durulması gereken önemli konuların başında gelmektedir<sup>9</sup>. Zira geçiş hakkına ihtiyaç duyulan çok sayıda elektronik haberleşme hizmeti bulunmaktadır. Bunların başında; sabit, mobil ve uydu hizmetleri için ihtiyaç duyulan altyapılar, ulusal ve uluslararası hatlar, son kullanıcıya yerel sabit erişim, mobil servisler için anten yerleri, kablosuz yerel erişim, uluslararası denizaltı hatları ve ankesörlü telefon ekipmanları gelmektedir<sup>10</sup>. Tüm bu hususlar gözönünde bulundurularak, çalışmamızda elektronik haberleşme Kanunu’nda düzenlenen geçiş hakkı sözleşmesi ve sözleşmeyle elde edilen hakkın hukuki niteliği medeni hukuk bağlamında inceleme konusu yapılacaktır.

---

lere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini ifade eder (EHK m.3/zz-ccc); Ülkemizde elektronik haberleşme sektörüne ilişkin yetkilendirme rejimi hakkında geniş açıklamalar için bkz. BIYIKLI, s. 39 vd.; Ayrıca bkz. EHK m.8 vd.

<sup>6</sup> Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını ifade eder. Bkz. EHK m.4/j; Elektronik haberleşme hizmeti hakkında geniş açıklamalar için bkz. BIYIKLI, s. 31 vd.

<sup>7</sup> Elektronik haberleşme alt yapısı: Elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünüleyici parçalarını ifade eder. Bkz. EHK m.3/1.

<sup>8</sup> Elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeci, taşınmaz maliklerinden gerekli izni alarak taşınmazda altyapıyı kurabilmektedir. Geçiş hakkı, izin türlerinden birini oluşturmaktadır. Diğer izin (erişim) türleri olarak; mülkiyet, kira ve lisans hakkında açıklamalar için bkz. OĞUL, Ahmet, **Geçiş Hakkı**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2023, s. 13.

<sup>9</sup> Konunun önemi hakkında geniş açıklamalar için bkz. OĞUL, s. 6 vd.

<sup>10</sup> Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. OĞUL, s. 6 vd.

## I. GEÇİŞ HAKKI

### A. Genel Olarak

Geçiş hakkı, en basit tanımıyla üçüncü kişilere ait arazi üzerinden geçme anlamına gelmektedir. Elektronik haberleşme sektöründe ise<sup>11</sup> işletmecilere elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan hak olarak ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Başka bir ifadeyle, kamu hizmeti olarak iletişim ve haberleşme hizmeti sunan işletmecilere, kamu ya da özel mülkiyete tabi taşınmazların altında, üstünde ve üzerinde haberleşme alt yapısının kurulması ya da mevcut altyapıdan yararlanılması amacıyla kablo döşeme, anten dikme, ulusal ve uluslararası transmisyon hatlarına yönelik ekipmanlar yerleştirme olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. Bu çerçevede geçiş hakkı, her türlü elektronik haberleşme alt yapısını ve destekleyici ekipmanlarını kapsadığı gibi<sup>14</sup> söz konusu ekipmanlara sürekli erişim ve bunların korunmasını da kapsamaktadır<sup>15</sup>.

### B. Tanımı ve Kapsamı

Elektronik Haberleşme Kanunu<sup>16</sup> m.3/s’de geçiş hakkı şu şekilde tanımlanmıştır:

*“İşletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan haklardır”<sup>17</sup>.*

<sup>11</sup> Geçiş hakkı ile ilgili kapsamlı düzenlemeler için bkz. EHK m.22 vd.; Yönetmelik m.8 vd.

<sup>12</sup> Bkz. EHK m.3/s.

<sup>13</sup> OĞUL, s. 5; BAK, Başak, “Özel Bir Zorunlu Mecra Geçirme İrtifakı Olarak Elektronik Haberleşme Hukukunda Geçiş Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 67, Sa. 4, 657-695, s. 658; CİVELEK, Kurthan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakları: Yurtdışı Örnekleriyle Mukayeseli Olarak Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2018, s. 40-41.

<sup>14</sup> ÖZ, Selçuk, *Ülkemiz Geçiş Hakkı Mevzuatının Getirdiği Yenilikler ve Öneriler*, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 15 vd.

<sup>15</sup> OĞUL, s. 5-6.

<sup>16</sup> RG. 10.11.2008, S. 27050.

<sup>17</sup> CİVELEK, s. 40-41; Aynı tanım için bkz. Sabit ve Mobil Haberleşme Alt Yapısı ve Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmelik (RG. 27.12.2012, S. 28510) m.4/; Metin içerisinde bundan sonraki kullanımlarda kısaca “Yönetmelik” olarak ifade edilecektir.

Geçiş hakkının kapsamı ise m.22’de şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Geçiş hakkı; elektronik haberleşme hizmeti vermek amacıyla, her türlü elektronik haberleşme alt yapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını, kamu ve/veya özel mülkiyete konu taşınmazların altından, üstünden, üzerinden geçirme ve bu alt yapıyı kurmak, değiştirmek, sökmek, kontrol bakım ve onarımlarını sağlamak ve benzeri amaçlarla söz konusu mülkiyet alanlarını bu kanun hükümleri çerçevesinde kullanma hakkını kapsar<sup>18</sup>.”*

Bu düzenlemeler ışığında geçiş hakkı sözleşmesini kanaatimizce şu şekilde tanımlamak mümkündür: Elektronik haberleşme hizmetini<sup>19</sup> sağlamak amacıyla işletmeci ile özel ve/veya kamuya ait taşınmaz sahipleri<sup>20</sup> arasında imzalanan ve sözleşmeyle sözkonusu taşınmazların altından, üstünden ve üzerinden her türlü elektronik haberleşme alt yapısının<sup>21</sup> kurulması, destekleyici ekipmanların geçirilmesi, değiştirilmesi, sökülmesi, kontrolü, bakımı ve onarımlarının sağlanması gibi amaçlarla kanuni sınırlar içerisinde taşınmazları kullanma yetkisini işletmecilere sağlayan sözleşmelerdir.

## II. GEÇİŞ HAKKININ KURULMASI

### A. Geçiş Hakkı Sözleşmesi

#### 1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere geçiş hakkı, işletmeci ile geçiş hakkı sağlayıcısı arasında serbestçe yapılan geçiş hakkı sözleşmesi ile tesis edilmektedir<sup>22</sup>. Başka bir ifadeyle, taraf iradelerinin uyuşması sonucu hak tesis edilmektedir<sup>23</sup>. İşletmeci, elektronik haberleşme altyapısını kurmak için geçiş hakkı talep ettiği güzergahı kullanabilmek amacıyla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlı-

<sup>18</sup> ÖZ, s. 14.

<sup>19</sup> Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını ifade eder. (EHK m.4/j).

<sup>20</sup> Taşınmaz sahibi: Maliki oldukları taşınmazları, geçiş hakkı kapsamında kullanılabilecek olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarını ifade eder, bkz. Yönetmelik m.4/k.

<sup>21</sup> Elektronik haberleşme altyapısı: Elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlar ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünüyle parçalarını ifade eder. Bkz. Yönetmelik m.4/c.

<sup>22</sup> Yönetmelik m.8.

<sup>23</sup> EHK m.25, Yönetmelik m.6/7,a ve m.5/1,ç.

ğî'ndan öncelikle bir kullanım onayı<sup>24</sup> almak zorundadır. Bakanlığın kullanım onayı vermesi üzerine işletmeci onay yazısını, kurulacak altyapıya ilişkin proje dosyasını<sup>25</sup> ve BTK tarafından yetkilendirildiklerine<sup>26</sup> ilişkin belgeyi geçiş hakkı sözleşmesine eklemekle yükümlüdür. Bakanlığın onayından sonra sözleşme koşulları ile geçiş hakkı ücreti<sup>27</sup> taraflar arasında kural olarak serbestçe belirlenir<sup>28</sup>. Sözleşmenin içeriği ve sözleşme bedelinin belirlenmesi hususlarında EHK ve Türk Medeni Kanunu'ndan<sup>29</sup> kaynaklanan birtakım sınırlamalar mevcuttur. Taraflar, mevzuata ve geçiş hakkına ilişkin ilkelerin<sup>30</sup> amacına aykırı hareket etmemek koşuluyla sözleşme hükümlerini serbestçe belirleyebilir<sup>31</sup>.

## 2. Sözleşmenin Tarafları

Geçiş hakkı, işletmeci ile geçiş hakkı sağlayıcısı arasında serbestçe yapılan geçiş hakkı sözleşmesi ile tesis edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından birisi, elektronik haberleşme hizmetini sunmakla yükümlü olan işletmecedir. Diğer taraf ise geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahipleri olan geçiş hakkı sağlayıcısıdır.

<sup>24</sup> Kullanım onayı: İşletmecinin, geçiş hakkı talep ettiği güzergahı kullanması ve güzergah üzerinde bulunan GHS'lere başvurusu için Bakanlıktan alması gereken izni ifade eder. Bkz. Yönetmelik m.4/1. Kullanım onayı başvurusu hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. Sabit ve Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Usul ve Esaslar m.6 vd.; Metin içerisinde bundan sonraki kullanımlarda kısaca "Usul ve Esaslar" şeklinde ifade edilecektir.

<sup>25</sup> "1) Başvuruda proje dosyası, 2 nüsha olarak basılı ortamda verilir. Ayrıca, güzergahı gösteren .kmz ve .dwg uzantılı dosyaları kapasite bilgilerini de içerecek şekilde tek yazımlık CD/DVD içerisinde sunulmalıdır. (2) Kullanım onayı talep edilen güzergahta birbirinden farklı boru, kanal, göz gibi fiziksel altyapılar olması durumunda, her bir fiziksel altyapı bilgisi proje dosyasında gösterilir. (3) Kullanım onayı talep edilen güzergahta birbirinden farklı derinlik veya genişlikte kazı yapılacak olması durumunda, her bir derinlik ve genişlik bilgisi proje dosyasında gösterilir." Usul ve Esaslar m.7.

<sup>26</sup> Yetkilendirme kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 60 vd.; Yetkilendirme ile ilgili kapsamlı düzenlemeler için bkz. EHK m.8 vd.

<sup>27</sup> Geçiş hakkı ücreti: İşletmecinin, geçiş hakkı karşılığında geçiş hakkı sağlayıcısına ödeyeceği ücreti ifade eder (Yönetmelik m.4/e ve m.9).

<sup>28</sup> Bkz. Yönetmelik m.8/(1).

<sup>29</sup> RG. 22.11.2001, S. 24607.

<sup>30</sup> Geçiş hakkına ilişkin ilkeler, doğrudan geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmecilere yönelik olup EHK m.4 ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği m.5'te düzenlenmiştir. Bu ilkeler daha ziyade taraflar arasındaki geçiş hakkı uygulamasında ve sözleşme hükümlerinin yorumunda başvurulacak ilkeler mahiyetindedir. Bu ilkeleri şu şekilde ifade etmek mümkündür; Rekabet ortamının sağlanması, kaynakların etkin verimli kullanılması, Taraflar arasında sözleşme özgürlüğünün esas olması, geçiş hakkı taleplerinin teknik açıdan mümkün ve ekonomik olarak makul olması, tesis paylaşımı ile ortak yerleşime öncelik verilmesidir. Geçiş hakkına yönelik ilkeler Avrupa Birliği Direktiflerinde de yer almaktadır. Geniş açıklamalar için bkz. BAK, s. 673-674.

<sup>31</sup> CİVELEK, s. 45; Ayrıca bkz. Yönetmelik m.6/(7-a).

### **a. İşletmeci**

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilmiş işletmeler sadece geçiş hakkından yararlanabilir<sup>32</sup>. Bu bağlamda işletmeci, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketlerdir (EHK. 3/z). Bir başka ifadeyle, BTK ile yapılan bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ve/veya BTK dan alınan bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin uyarınca elektronik haberleşme hizmetlerini yürüten ve/veya elektronik haberleşme altyapısını işleten sermaye şirkettir<sup>33</sup>. Bu çerçevede, işletmeci kavramı iki temel unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, işletmecinin şirket niteliğine haiz olması gerekir. İkincisi ise elektronik haberleşme hizmetini sunmak ve/veya elektronik haberleşme hizmetini sağlamak üzere BTK tarafından yetkilendirilmiş olması gerekir<sup>34</sup>.

### **b. Geçiş Hakkı Sağlayıcısı**

Geçiş hakkı sağlayıcısı; geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahipleridir<sup>35</sup>. Taşınmaz sahibi, maliki oldukları taşınmazları, geçiş hakkı kapsamında kullanılabilecek olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarını ifade eder<sup>36</sup>. Taşınmaz üzerinde hak sahibi ise geçiş hakkına konu olan taşınmazın üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarını ifade eder<sup>37</sup>. Bu çerçevede, geçiş hakkı sözleşmesinde işletmecinin karşısındaki taraf; hazine, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişiler olabilir.

<sup>32</sup> ÖZ, s. 14.

<sup>33</sup> OĞUL, s. 36; ÖZKAYA, Ayşe, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmelerinin İncelenmesi**, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, s. 42; (çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/elektronik-haberlesme-sektorunde-tuketiginin-korunmasi-acisindan-abonelik-sozlesmelerinin-incelenmesi.PDF>, E.T. 10.08.2024.

<sup>34</sup> ÖZKAYA, s. 42.

<sup>35</sup> CİVELEK, s. 48 dn. 90 ve 67; Ayrıca bkz. EHK m.3/1 ve Yönetmelik m.4/1-g.

<sup>36</sup> Yönetmelik m.4/1-k.

<sup>37</sup> Yönetmelik m.4/1-l.

### 3. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

#### a. Geçiş Hakkı Sağlayıcısının Yükümlülükleri

##### (a) Geçiş Hakkı Taleplerini Kabul Etme Yükümlülüğü

Taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, taşınmaz üzerindeki hakların<sup>38</sup> kullanımını sürekli biçimde aksatmaması koşuluyla<sup>39</sup> teknik olarak imkân dahilinde olan, seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler içermeyen geçiş hakkı taleplerini sağlayıcı -makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere- kabul etmekle yükümlüdür (EHK m.23/1 ve Yönetmelik m.8/3)<sup>40</sup>. Buna göre, işletmecinin geçiş hakkı talebi, hakkın tesis edileceği taşınmaza zarar vermemelidir (Yönetmelik m.5/f). Taşınmazın kullanımını sürekli biçimde aksatmamalıdır. Geçiş hakkı, teknik olarak imkân dahilinde ve ekonomik açıdan orantılı olmalıdır<sup>41</sup>. Bu ilkelere aykırı olan ya da çevrenin korunması, şehir ve ülke planlaması gibi başkaca makul ve haklı sebepler varsa<sup>42</sup> sağlayıcı geçiş hakkı talebini reddedebilir. Belirtilen nedenlerle sağlayıcı geçiş hakkı talebini reddederse, ret gerekçesini ayrıntılı olarak işletmeciye bildirmelidir (Yönetmelik m.8/3). İşletmeci, ret gerekçesiyle birlikte Bakanlığa başvurabilir. Bakanlık, yaptığı geniş değerlendirme sonucunu taraflara bildirir. Geçiş hakkına ilişkin nihai karar Bakanlık tarafından verilir (Yönetmelik m.8/4).

Geçiş hakkı talep edilen güzergâh üzerinde öncelikle tesis paylaşımı yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, geçiş hakkı talep edilen güzergâh üzerinde bir elektronik haberleşme şebekesi ve/veya altyapısı varsa, tesis paylaşımına ilişkin mevzuat hükümleri öncelikle uygulanır (EHK m.23 ve Yönetmelik m.6/f.1). Dolayısıyla geçiş hakkı talep edilen güzergâh üzerinde tesis paylaşımına ilişkin bir yükümlülüğün bulunmaması halinde ancak geçiş hakkı talep edilebilir<sup>43</sup>. İşletmeci, tesis paylaşımının mümkün olmadığını<sup>44</sup> belgeledikten sonra geçiş hakkı kulla-

<sup>38</sup> Taşınmaz üzerinde haklar, geçiş hakkına konu olan taşınmazın üzerinde sınırlı aynı haklardır. Hak sahibi, gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Bkz. Yönetmelik m.4/1-1.

<sup>39</sup> Yönetmelik m.5/f.

<sup>40</sup> CİVELEK, s. 44.

<sup>41</sup> Yönetmelik m.5/d.

<sup>42</sup> Yönetmelik m.5/g.

<sup>43</sup> CİVELEK, s. 42 ve 56-57.

<sup>44</sup> İlgili düzenlemede, “tesis paylaşımının mümkün olmaması” ifadesinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu; “Sabit ve Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Usul ve Esaslar” m.6/f.10’da belirtilmiştir. Buna göre, a) işletmecinin kullanım onayı almak istediği güzergâhın geçtiği yerlerde elektronik haberleşme altyapısı bulunan diğer işletmecilere yaptıkları tesis paylaşımı başvurusu



nım onayını alabilmek için Bakanlık'a başvurabilir (Yönetmelik m.6/f.2)<sup>45</sup>. Geçiş hakkının talep edildiği güzergâh için Bakanlık kullanım onayı verirse, işletmeci geçiş hakkı sağlayıcısına başvurabilir. Kullanım onayı vermezse, işletmeci geçiş hakkı talebinde bulunamaz<sup>46</sup>. Buna karşılık, işletmecinin kurulu bulunan elektronik haberleşme altyapı ve/veya şebekesindeki bir noktadan sadece son kullanıcı müşteri veya müşteri grubuna ulaşmak amacıyla kuracağı 400 m ve altındaki müşteri bağlantı güzergâhları için -mevzuata aykırı hareket etmemek şartıyla- Bakanlıktan kullanım onayı almasına gerek yoktur. Ancak tesis paylaşımı mümkünse, tesis paylaşımına öncelik verilecektir. Böyle bir durumda işletmeci, geçiş hakkı kullanım onayı almak için Bakanlığa başvuru yapmadan geçiş hakkını kullanabilmek amacıyla sağlayıcıya başvurabilir<sup>47</sup>.

Bakanlık tarafından işletmeciye geçiş hakkı kullanım onayı verilmesi durumunda aşağıdaki hükümlerin uygulanır: 1) Özel mülkiyete konu taşınmazlarda işletmeci ile geçiş hakkı sağlayıcısı; ilgili mevzuata aykırı olmamak koşuluyla geçiş hakkına ilişkin anlaşmaları, Türk Medeni Kanunu<sup>48</sup> hükümleri saklı kalmak üzere serbestçe yapabilirler. Geçiş hakkına ilişkin anlaşmaların ekinde; a-) işletmecinin Kurum tarafından yetkilendirildiğine dair belge, kurulacak altyapıya ilişkin proje dosyası ve Bakanlıktan alınan kullanım onayı belgeleri yer alacaktır, b-) Hazinesinin özel mülkiyetindeki ya da devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar ile mülkiyeti veya tasarrufu belediyelere ve kamu kurum, kuruluşlarına ait taşınmazlar ile Mera Kanunu<sup>49</sup> kapsamında kalan yerlerde geçiş hakkını kullanacak işletmeci, ilgili geçiş hakkı sağlayıcısına Yönetmelik ek-2'de yer alan belgeler ve Bakanlıktan alınan kullanım onayı ile birlikte başvuruda bulunacaktır. Geçiş hakkı sağlayıcısı, kendisine yapılan geçiş hakkı talebi başvurularını mevzuat çerçevesinde en geç altmış gün içerisinde sonuçlandıracak ve sonucunu işletmeciye bildirecektir. Geçiş hakkı talebinin reddedilmesi durumunda yapılan bildirimde ret gerekçeleri açıkça belirtilecektir (Yönetmelik m.6/7 a-b).

---

üzerine tesis paylaşımı talebinin karşılanamayacak olduğuna ilişkin yazılı bir cevap alması, b) Tesis paylaşımı başvurusunu müteakip tesis paylaşımı mevzuatı (Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği m.10) kapsamında belirlenen süre içerisinde, c) Altyapı sahibi işletmeciden yer etüdü süresi ve ücretine dair yazılı bir cevap alamaması, yer etüdü ücretinin ödenmesini müteakip tesis paylaşımı mevzuatı kapsamında belirlenen süre içerisinde tesis paylaşımı talebine ilişkin yer etüdü sonucunun başvuru sahibine bildirilmemesi durumunda Yönetmelik m.6/f.2'de belirtilen, tesis paylaşımının mümkün olmadığının belgelenmesi şartı sağlanmış olmaktadır, CİVELEK, s. 48, dn. 91.

<sup>45</sup> CİVELEK, s. 48.

<sup>46</sup> CİVELEK, s. 49.

<sup>47</sup> Usul ve Esaslar m.8.

<sup>48</sup> RG. 8.12.2001, S. 24607.

<sup>49</sup> RG. 25.2.1998, S. 4342.

İşletmecinin geçiş hakkına yönelik talepleri, sağlayıcı tarafından yasal süre içerisinde cevaplandırılmalıdır (Yönetmelik m.5/c). Eğer talebin muhatabı, bir kamu kurumu ya da kuruluşu ise geçiş hakkına yönelik talep altmış gün içerisinde sonuçlandırılmalıdır (EHK m.23/2) Kamu kurum ve kuruluşlarının diğer bir yükümlülüğü ise rekabetin sağlanmasına hizmet etmek amacıyla benzer konumdaki işletmeciler arasında ayırım yapmadan şeffaf davranmaktır (EHK m.23/2 ve Yönetmelik m.11/2)<sup>50</sup>.

İşletmeci, geçiş hakkı talep ettiği zaman kamu ya da özel arazi malikleri tarafından her zaman için iyi karşılanmayabilir. Dolayısıyla özel mülkiyet sahipleri, kamu hizmeti organizasyonları çeşitli sebeplerle geçiş hakkını sınırlamak isteyebilir. Bunlar mülkiyet hakkından kaynaklanabileceği gibi, birden fazla işletmeciden gelen erişim taleplerinden, arazi üzerinde ortaya çıkan inşaat kısıtlamalarından, estetik kaygılardan, çevreye yönelik kaygılardan, sağlık kaygılarından, şahsi sebeplerden (inatçılık vs.), düşük arazi bedelinden, yüksek kâr beklentisi gibi çeşitli sebeplerden de kaynaklanabilir<sup>51</sup>. Sağlayıcı herhangi bir sebeple geçiş hakkı talebini reddederse, işletmeci Bakanlığa başvurma imkânına sahiptir. Sorunun çözümü için başvurulacak merci olarak Bakanlık<sup>52</sup> tayin edilmiştir. Ancak Bakanlığın önereceği çözümün bağlayıcılığı yoktur. Taraflar anlaşamadığı takdirde işletmeci yargıya başvurarak zorunlu geçiş hakkının tesisini sağlayabilir<sup>53</sup>.

### (b) Önlem Alma ve Kaçınma Yükümlülüğü

Geçiş hakkı sağlayıcısı, geçiş hakkı kapsamında işletmecinin yürüteceği faaliyetlerin kesintisiz ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, masrafları işletmeci tarafından karşılanmak üzere gerekli tüm önlemlerin alınmasına ve çalışmaların yapılmasına izin vermekle yükümlüdür (EHK m.28/I, Yönetmelik m.11/3)<sup>54</sup>. Örneğin, sağlayıcı geçiş hakkının tesis edileceği

<sup>50</sup> Bu hususlarla ilgili AB Direktiflerinin öngördüğü düzenlemeler ve içerikleri hakkında geniş bilgi için bkz. BAK, s. 678.

<sup>51</sup> Erişim sınırlamaları hakkında geniş açıklamalar için bkz. OĞUL, s. 14 vd.

<sup>52</sup> Bakanlık: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığını ifade eder (EHK m.3/g, Yönetmelik m.4/a).

<sup>53</sup> Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği tarafından İsttelkom İstanbul Elektronik Haberleşme ve Altyapı Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. aleyhine, "tesis paylaşımı protokolü ile rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı" iddiasıyla Rekabet Kurulu'na başvurusu üzerine Rekabet Kurulu'nun 11.04.2019 tarihli kararı s. 8 vd.; Kararın tam metni için bkz. (çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=f4e492c0-dac9-44c0-b53c-308334c96287>, E.T. 10.08.2024.

<sup>54</sup> Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme de TMK m.786/1'de irtifak haklarına ilişkin hükümlerde yer almaktadır. Buna göre irtifak hakkı sahibi, hakkın korunması ve kullanılması için gerekli tüm önlemleri alabilir. Aynı şekilde TMK m.790'a göre, irtifak hakkını kullanmak için gerekli tesislerin bakım masraflarına yararlanan taşınmaz maliki katlanır. Ancak bu tesisler, yüklü taşınmaz malikinin de yararına ise bu malikinde yararı oranında masraflara katılması gerekir, BAK, s. 678-679.

arazide elektronik haberleşme alt yapısının oluşturan teçhizat ve ekipmanların zarara uğramaması için kazı vb. işlemler yapamaz.

### **(c) Elektronik Haberleşme Altyapısını Tehlikeye Düşürme ve Zarar Verme Eylemlerinden Kaçınma Yükümlülüğü**

Geçiş hakkı sağlayıcısı, geçiş hakkına konu olan taşınmaz üzerindeki haklarını kullanırken, işletmecinin geçiş hakkı kapsamında yürüteceği faaliyetler ile işletmeciye ait elektronik haberleşme altyapısını tehlikeye düşürücü veya zarar verici işlemlerden kaçınmakla yükümlüdür (Yönetmelik m.11/4). Geçiş hakkı sağlayıcısının faaliyetleri nedeniyle işletmecinin faaliyetleri ve elektronik haberleşme alt yapısı zarar görürse, meydana gelen zararı sağlayıcı bir ay içerisinde gidermekle yükümlüdür (EHK m.28/2, Yönetmelik m.11/4,5)<sup>55</sup>. Buna karşılık bazen haberleşme altyapısı, şebeke ve destekleyici teçhizatın yerlerinin değiştirilmesi gerekebilir. Böyle durumlarda sağlayıcı, buna yönelik talebini altmış gün önceden işletmeciye bildirmelidir. Sağlayıcı, haberleşme altyapısına zarar vermemek kaydıyla masrafları kendisine ait olmak üzere işletmeciden talep ettiği hususları bizzat kendisi de yerine getirebilir. Bu işlemleri yapması nedeniyle ortaya çıkacak masrafların işletmeciye ait olacağı taraflarca geçiş hakkı sözleşmesinde kararlaştırılabilir (Yönetmelik m.11/6-7). Ancak haberleşme hizmetinin kesintiye uğramasına sebep olabilecek bir arıza ya da acil durum geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından tespit edilirse altmış günlük süreyi beklemeden şebeke ve bunları destekleyici ekipmanların yerlerinin değiştirilmesini işletmeciden talep edebilir. Böyle bir durumda, kamu hizmetinin aksamaması için uyum içerisinde çalışılması her bir taraf için yükümlülük teşkil eder (Yönetmelik m.11/7)<sup>56</sup>.

### **(d) Kamu Geçiş Hakkı Sağlayıcılarının Ayrım Gözetmeme ve Şeffaf Davranma Yükümlülüğü**

Kamu kurum ve kuruluşları, kendilerine yapılan geçiş hakkı talebini içeren başvuruları öncelikli olarak ve gecikmeye mahal vermeden değerlendirmeli ve altmış gün içinde sonuçlandırmalıdır. Benzer konumdaki işletmeciler arasında ayrım gözetmeksizin şeffaf davranmalıdır (EHK m.23/2 ve Yönetmelik m.11/2). Bu düzenlemede kamu geçiş hakkı sağlayıcılarına, özel geçiş hakkı sağlayıcılarından farklı olarak ek yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, kamu

<sup>55</sup> CİVELEK, s. 52; Benzer bir düzenleme de TMK m.786/II de yer almaktadır. Buna göre, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının kullanılmasını engelleyecek veya zorlaştıracak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

<sup>56</sup> Benzer düzenlemeler için bkz. TMK m.791 ve m.746.

geçiş hakkı sağlayıcıları kendilerine yapılan başvurularla ilgili olarak benzer işletmeciler arasında ayırım gözetmeme ve şeffaf davranma yükümlülüğü altındadır<sup>57</sup>. Bu yükümlük rekabetin korunması bakımından önem taşımaktadır<sup>58</sup>.

### ***b. İşletmecinin Yükümlülükleri***

#### **(a) Geçiş Hakkı Ücreti Ödeme Yükümlülüğü**

Geçiş hakkı sözleşmesinin işletmeciye yüklediği yükümlülüklerin en başında, geçiş hakkı karşılığında sağlayıcıya ücret ödenmesi gelir. Taraflar sözleşme bedelini ve ödeme şeklini serbestçe kararlaştırabilir (Yönetmelik m.8/6). Ancak geçiş hakkı ücreti, geçiş hakkı ücret tarifesinde<sup>59</sup> belirtilen fiyatları aşamaz (Yönetmelik m.9/1)<sup>60</sup>. Kamu geçiş hakkı sağlayıcılarına ait taşınmazlar üzerinde tesis edilecek ücretler, yönetmelikteki tavan sınırını aşamaz. Buna karşılık, kamu mülkiyeti haricindeki taşınmazlar bakımından geçiş hakkı ücretini taraflar serbestçe belirleyebilir<sup>61</sup>. Bu çerçevede geçiş hakkı ücreti belirlenirken iki sınırlama taraflarca göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlardan ilki, ücretin fahiş ve orantısız olmaması, ikincisi ise geçiş hakkı ücret tarifesinde belirtilen fiyatları aşılmamasıdır<sup>62</sup>. Ücret tarifesinde yer alan sınırları belirten fiyatlar, her yıl ÜFE oranında artırılarak tespit edilecektir (m.9/f.II-III)<sup>63</sup>.

Geçiş hakkı nedeniyle yapılacak keşif ücreti, sabit ve mobil haberleşme alt yapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü kablo ve benzeri gerecin taşınmazlardan geçirilmesi nedeniyle taşınmazın tekrar eski haline getirilmesi bedeli, yer değişikliği bedeli, var olan faaliyeti durdurma bedeli ve benzeri adlarla alınan diğer bedeller ve tazminatlar, Yönetmelikte belirlenen ilkelere ve hükümlere uygun olmak kaydıyla ve taraflar arasında yapılan geçiş hakkı anlaşmasında aksi belirtilmediği takdirde işletmeci tarafından ayrıca karşılanacaktır<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> CİVELEK, s. 44.

<sup>58</sup> BAK, s. 677.

<sup>59</sup> Geçiş hakkı ücret tarifesi: Ek-1 'de yer alan Geçiş Hakkı Ücret Tarifesi Üst Sınırları Tablosunda belirtilen yerlerde, geçiş hakkını kullanacak işletmecilerden talep edilen ücretlerin üst sınırlarını gösteren fiyat tarifesini ifade eder (Yönetmelik m.4/f).

<sup>60</sup> İlgili düzenleme hakkındaki tartışmalar için bkz. CİVELEK, s. 50.

<sup>61</sup> CİVELEK, s. 52.

<sup>62</sup> Geçiş hakkı kullanımında gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait mülkiyet alanları dışında kalan yerler için geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından, geçiş hakkını kullanan işletmeciden talep edilen geçiş hakkı ücreti, Geçiş Hakkı Ücret Tarifesinde belirtilen fiyatları aşamaz (Yönetmelik m.9/1).

<sup>63</sup> BAK, s. 681.

<sup>64</sup> Yönetmelik m.9/4.

Geçiş hakkı ücreti, altyapıyı kuran ilk işletmeci tarafından sağlayıcıya ödenir. Kurulan bu altyapıdan tesis paylaşımı çerçevesinde faydalanan işletmeciler tarafından sağlayıcıya geçiş hakkı ücreti ayrıca ödenmez. Geçiş hakkı kullanılarak kurulmuş olan bir elektronik haberleşme altyapı ve/veya şebekesinin bulunduğu mülkiyet alanına, işletmecilerin ilave kablo, kanal, boru, göz gibi fiziksel altyapı unsurlarını mevcut güzergahın dışına çıkılmaksızın tesis etmesi durumunda geçiş hakkı ücreti alınmaz<sup>65</sup>.

### **(b) Geçiş Hakkı Sözleşmesi ile Yapacağı İş ve İşlemler için Taşınmaz Maliklerine Başvurma Yükümlülüğü**

Geçiş hakkı kullanım onayının Bakanlıkça verilmesinden itibaren en geç yirmi gün içerisinde işletmeci taşınmaz sahiplerine başvurmalıdır. Bu süre zarfında gerekli izin ve onayların alınması, anlaşmaların imzalanması da dahil tüm işlemleri yerine getirmelidir. Ayrıca kazı, inşaaata başlama vb. hususları Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür. İşletmeciden kaynaklanmadığı Bakanlıkça kabul edilen nedenlerden dolayı meydana gelen gecikmeler bu süreye dahil değildir. Bu süre içerisinde bütün işlemlerin tamamlanmaması veya altyapı kurulum inşaatının başlamaması durumunda Bakanlıkça verilen kullanım onayı iptal edilmiş sayılır. Bu durum Bakanlıkça işletmeciye bildirilir (Yönetmelik m.10)<sup>66</sup>.

### **(c) Yapacağı Altyapı Çalışmalarında Her Türlü Güvenlik Önlemlerini Alma Yükümlülüğü**

İşletmeci, yapacağı altyapı çalışmalarında her türlü güvenlik önlemini almakla yükümlüdür<sup>67</sup>. Başka bir ifadeyle geçiş hakkının sağlanacağı taşınmazlara zarar verici faaliyetlerden kaçınmak amacıyla her türlü güvenlik önlemini işletmeci almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük bağlamında EHK m.27 ve Yönetmelik m.17/I hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Buna göre, işletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesi ve bunların destekleyici ekipmanları; geçiş hakkının kullanılacağı taşınmaz üzerinde halihazırda bulunan kanalizasyon, su, gaz kanalları, demiryolları, elektrik tesisleri, diğer elektronik haberleşme şebekesi ve benzeri kamu hizmeti alt yapısına zarar vermeyecek şekilde ve mesafede tesis edilmelidir. Yeni alt yapı ve şebeke tesis edecek işletmeci, ilgili kamu kurumu ve kuruluşu ile gerekli koordinasyonu sağlayarak hareket etmelidir. Zaruri hallerde söz konusu kamu hizmetlerinin kesintiye uğramaması için alınacak önlemlerden doğan masrafları geçiş hakkını kullanan taraf tazmin eder. Geçiş hakkına ilişkin çalışmalardan kaynakla-

<sup>65</sup> Usul ve Esaslar m.5.

<sup>66</sup> BAK, s. 682; CİVELEK, s. 51.

<sup>67</sup> Yönetmelik m.12/I,ç.

nan tüm masraflar işletmeci tarafından karşılanır (EHK m.27). Bu çerçevede işletmeci; elektronik haberleşme şebekesi, altyapısı ve bunların destekleyici ekipmanlarını geçiş hakkının kullanılacağı taşınmazın üzerinde halihazırda bulunan kanalizasyon, su, gaz kanalları, demiryolları, elektrik tesisleri, diğer elektronik haberleşme altyapısı ve benzeri altyapıya zarar vermeyecek şekilde ve mesafede tesis etmelidir. Altyapı tesis edecek işletmeci, mevcut altyapı sahibi kurum veya kuruluş ile gerekli koordinasyonu sağlayarak hareket etmelidir<sup>68</sup>.

**(d) Geçiş Hakkına Konu Taşınmaza ve/veya Taşınmazda Tesis Edilen Diğer Altyapılara İşletmecinin Zarar Vermeme Yükümlülüğü ile Oluşan Zararları Tazmin Yükümlülüğü**

Geçiş hakkı uygulamasına yönelik ilkelerden birisi de geçiş hakkı kullanımının, taşınmaza kalıcı zarar vermemesi ve geçiş hakkı sağlayıcısının taşınmaz üzerindeki haklarının kullanımını sürekli biçimde aksatmamasıdır<sup>69</sup>. İşletmeci, geçiş hakkını kullanırken taşınmaza ve/veya taşınmazda tesis edilen diğer altyapılara verilebileceği her türlü zararı, en geç bir ay içerisinde tazmin edecektir<sup>70</sup>. Geçiş hakkının kullanımı dışında sağlayıcının ayrıca uğradığı zararları varsa, işletmeci bunları da en geç bir ay içerisinde karşılamak zorundadır<sup>71</sup>. Kısaca, geçiş hakkı kullanımını dışında geçiş hakkı sağlayıcının bazı zararları doğmuşsa ve bu zararların doğumu ile işletmecinin zarar doğuran fiilleri arasında uygun illiyet bağı varsa, söz konusu zararlar da en geç bir ay içerisinde işletmeci tarafından karşılanır<sup>72</sup>.

**(e) Geçiş Hakkının Kullanılacağı Taşınmaz Üzerinde Mevcut Bulunan Diğer Altyapılara İlişkin Durumları Bildirme Yükümlülüğü**

İşletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesi ve destekleyici ekipmanları; geçiş hakkının kullanılacağı taşınmaz üzerindeki kanalizasyon, su, gaz kanalları, demiryolları, elektrik tesisleri, diğer elektronik haberleşme şebekesi ve benzeri kamu hizmeti alt yapısına zarar vermeyecek şekilde ve mesafede tesis edilmelidir. Yeni alt yapıyı ve şebekeyi tesis eden işletmeci, ilgili kamu kurumu ve kuruluşu ile gerekli koordinasyonu sağlayarak hareket etmelidir. Zaruri hallerde kamu hizmetlerinin kesintiye uğramaması için alınacak önlemlerden doğan masrafları geçiş hakkını kullanan taraf yani işletmeci tazmin eder. Bir başka ifadeyle geçiş hakkına ilişkin çalışmalardan kaynaklanan tüm masraflar işletme-

<sup>68</sup> Yönetmelik m.17/I.

<sup>69</sup> Yönetmelik m.5/1-f.

<sup>70</sup> CİVELEK, s. 53; Yönetmelik m.12/I.

<sup>71</sup> EHK m.28/3.

<sup>72</sup> BAK, s. 684.

ci tarafından karşılanır<sup>73</sup>. Altyapı tesis eden işletmecinin koordinasyon talebi, makul bir gerekçe olmadığı sürece reddedilememeli ve geciktirilememelidir. Geçiş hakkının kullanımı sırasında taşınmaz üzerindeki hali hazırdaki altyapılarda yer değiştirme, sökme ve benzeri durumların zorunlu olması halinde, işletmeci bu altyapının sahibi olan kurum veya kuruluşa on beş gün önceden bilgi vermelidir. Mevcut altyapılarda yer değiştirme, sökme ve benzeri işler öncelikle altyapı sahibi kurum veya kuruluş tarafından bizzat yerine getirilmelidir. Bu işlemlerin geçiş hakkını kullanan işletmeci tarafından yapılmasının talep edilmesi halinde ise işletmeciye on beş gün içerisinde bu durum bildirilecek ve söz konusu işlemler işletmeci tarafından yapılacaktır. Mevcut altyapılarda yer değiştirme, sökme ve benzeri işlerin geçiş hakkını kullanan işletmeci tarafından yapıldığı hallerde, altyapı sahibi olan kurum veya kuruluş da kendi personelini bu çalışmalarda bulundurabilir. İşletmeci, belirtilen çalışmaları gerçekleştirdikten sonra taşınmaz ve üzerindeki mevcut altyapıyı en kısa sürede önceki durumuna getirmekle yükümlüdür. İşletmeci, geçiş hakkına ilişkin çalışmalarında ilgili kurumlardan izin almak suretiyle yol, trafik, çevre ve benzeri her türlü güvenlik önlemini almakla yükümlüdür. Çalışmalardan kaynaklanan ve hizmetin kesintiye uğramaması için alınacak önlemlerden doğacak masraflar geçiş hakkını kullanan işletmeci tarafından karşılanır<sup>74</sup>.

#### (f) Kapasite Planlama Yükümlülüğü

BTK düzenlemeleri ile yetkilendirmede öngörülen şartlara uygun olarak işletmeci yetkilendirildiği kapsamdaki elektronik haberleşme hizmetini sunma hakkına sahiptir<sup>75</sup>. İşletmeci, geçiş hakkı talep edilen güzergâh üzerinde altyapı tesisinin kapasite planlamasını yaparken Bakanlığın strateji ve politikalarını da göz önünde bulundurmalıdır. Bakanlık tarafından aksi belirtilmediği sürece işletmeci, en az kendi ihtiyacını karşılayan altyapı kadar bir altyapıyı da diğer işletmeciler için kurmak zorundadır<sup>76</sup>.

İşletmeci, Yönetmelik m.7 kapsamında diğer işletmecilerin kullanması amacıyla kurduğu altyapıyı Bakanlıkça aksi belirtilmedikçe kendisi kullanamaz. İşletmeci, bu altyapıyı diğer işletmecilere ücreti karşılığında kullandırabilir<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> EHK m.27.

<sup>74</sup> Yönetmelik m.17.

<sup>75</sup> EHK m.12/I.

<sup>76</sup> Yönetmelik m.7.

<sup>77</sup> Usul ve Esaslar m.11/(1).

Geçiş hakkı sağlayıcısı, işletmecinin Yönetmelik m.7 kapsamında diğer işletmecilerin kullanması amacıyla kurduğu altyapıyı Bakanlıkça aksi belirtilmedikçe kullanamaz/kullandıramaz. Yönetmelik m.7 kapsamında diğer işletmecilerin kullanması amacıyla kurulacak altyapıya kablo dahil değildir<sup>78</sup>.

### III. SÖZLEŞME İLE ELDE EDİLEN HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mülkiyet hakkı; hakkın konusu eşyayı kullanma, yararlanma ve üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerini sahibine sağlayan, eşya üzerinde doğrudan (vasıtasız) bir hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hak niteliğinde en geniş yetkiler sağlayan aynı haktır (TMK m.683/I)<sup>79</sup>. Modern hukuk anlayışında mülkiyet hakkı, bu yetkiler yanında sahibine aynı zamanda birtakım ödevler de yükler<sup>80</sup>. Mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı yetkilerin kullanılmasını engelleyen ya da güçleştiren ödevler, mülkiyet hakkı sınırlaması (kısıtlaması-takyidi)<sup>81</sup> olarak kabul edilir. Başka bir ifadeyle, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin geçici olarak ortadan kaldırılması ya da daraltılmasıdır<sup>82</sup>.

Mülkiyet hakkı sınırlamaları, iradî ya da kanuni sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>83</sup>. Bu çerçevede, bir taşınmaz malikinin yaptığı hukuki işlemlerle mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri iradî olarak sınırlaması mümkündür<sup>84</sup>. Nitekim sınırlı aynı hakların tümü hukuki işlemde doğan birer mülkiyet

<sup>78</sup> Usul ve Esaslar m.11/(2,3).

<sup>79</sup> Mülkiyet hakkının tanımı için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku** (Ders Kitabı), Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 313 vd.; SİRMEN, Lâle, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 292; NOMER, Halûk Nami / ERGÜNER, Serkan, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 193; AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku -II- Mülkiyet**, (Ders Kitabı), Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 27; EREL, Şafak N., **Eşyaya Bağlı Borç**, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 1; BAŞPINAR, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 86 vd.; AKÇAAL, Mehmet, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2021, s. 315 vd.

<sup>80</sup> AYAN, s. 351; TOPUZ, Murat, **Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 331; Mülkiyet kavramının tarihsel geçmişi, gelişimi ve yapısı hakkında geniş açıklamalar için bkz. ÖRÜCÜ, Ersin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1976, s. 3 vd. ve 27, 35; BAŞPINAR, s. 68 vd.

<sup>81</sup> Sınırlama kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. 31 vd.

<sup>82</sup> AKÇAAL, s. 473.

<sup>83</sup> TOPUZ, s. 33; ZENGİN, Hüseyin Kağan, **Mecra Hakkı**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 115; AKÇAAL, s. 473.

<sup>84</sup> SİRMEN, s. 456; AKÇAAL, s. 473.



hakkı sınırlamasıdır<sup>85</sup>. Mülkiyet hakkı sınırlamaları bizzat kanundan da doğabilir<sup>86</sup>. Kanunda düzenlenen çeşitli hükümlerde, taşınmaz mülkiyeti bazı yönlerden sınırlanmaktadır<sup>87</sup>. Taşınmaz mülkiyetinin kanuni sınırlamaları, malik için kanun tarafından öngörülmüş ödevlerdir<sup>88</sup>. Bu ödevler esas olarak Medeni Kanunda düzenlenmekle birlikte özel kanunlarda da düzenlenmektedir<sup>89</sup>. Kanundan doğan sınırlamaların bir kısmı, kamu yararını koruma amacı taşır. Bunlar, “*kamu hukuku sınırlamaları*” olarak ifade edilir (TMK m.754)<sup>90</sup> ve genellikle özel kanunlarla düzenlenmiştir<sup>91</sup>. Geçiş hakkı da kamu yararı amacıyla özel kanun niteliğindeki Elektronik Haberleşme Kanunu’nda düzenlenen bir mülkiyet hakkı sınırlamasıdır<sup>92</sup>. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar, tapu kütüğüne tescil edilmeden etkili olur (TMK m.731/D). Ancak bu tür sınırlamalar, kişiler tarafından yapılan anlaşmalarla ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez (TMK m.731/III)<sup>93</sup>. Taşınmaz mülkiyetinin diğer sınırlamaları ise özel hukuk kurallarından kaynaklanır ve bunlar “*özel hukuk sınırlamaları*” olarak adlandırılır. Medeni Kanun 731 vd. hükümlerinde esas itibarıyla özel hukuk sınırlamaları düzenlenmiştir<sup>94</sup>. Kamu hukukundan doğan sınırlamaların aksine, kişiler resmî şekilde düzenleyecekleri bir sözleşmeyle ve bunu tapu kütüğüne şerh vererek özel hukuktan doğan sınırlamaları ortadan kaldırılabılır ve değiştirebilirler (TMK m.731/II)<sup>95</sup>.

Taşınmaz mülkiyeti sınırlamaları öğretide; “*konuları*”, “*doğuş tarzları*” ve “*yararlanıcıları*” gibi esaslardan hareketle çeşitli şekillerde sınıflandırılmakta-

<sup>85</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1988, s. 1-2; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 607; Mülkiyet hakkı ve bu haktan doğan yetkilerin sınırlanması hakkında geniş açıklamalar için bkz. ÖRÜCÜ, s. 40 vd.

<sup>86</sup> AKÇAAL, s. 473; Taşınmaz mülkiyetinin kanuni sınırlamalarının öğretide çeşitli açılardan sınıflandırıldığı hakkında bkz. EREL, s. 41.

<sup>87</sup> SİRMEN, s. 457.

<sup>88</sup> AKÇAAL, s. 474.

<sup>89</sup> AYAN, s. 351.

<sup>90</sup> Medeni Kanun m.754’te kamu hukukuna ilişkin sınırlamalar genel olarak şu şekilde düzenlenmiştir: “*Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ırcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.*” Bu bağlamda geniş açıklamalar için bkz. BAŞPINAR, s. 205.

<sup>91</sup> SİRMEN, s. 457.

<sup>92</sup> CİVELEK, s. 80-81.

<sup>93</sup> AKÇAAL, s. 474.

<sup>94</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 627-628 ve 635.

<sup>95</sup> SİRMEN, s. 457.

dır<sup>96</sup>. Bu sınıflandırmalardan özellikle “*konuları*” bakımından yapılan sınıflandırma ile “*doğuş tarzları*” bakımından yapılan sınıflandırma konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Konu bakımından sınırlamalar; “*malikin katlanmasını öngören sınırlamalar*”, “*malikin kaçınmasını öngören sınırlamalar*” ve “*malikin olumlu bir davranışta bulunmasını öngören sınırlamalar*” şeklindedir. Katlanmayı öngören sınırlamalarda ise taşınmaz maliki, üçüncü kişilerin birtakım davranışlarına razı olmakta, onlara karşı gelmemektedir. Konu bakımından sınırlamalara TMK m.740, m.742, m.743, m.744, m.752, m.753’te yer alan düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir<sup>97</sup>.

Doğuş tarzları bakımından sınırlamalar ise “*kanundan doğrudan doğruya (dolaysız) doğan mülkiyet sınırlamaları*” ile “*kanundan dolayısıyla (dolaylı) doğan mülkiyet sınırlamaları*”<sup>98</sup>. Kanundan doğrudan doğruya (tescilsiz) doğan sınırlamalarda taşınmaz maliki, kanun gereği özel ve resmi bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan doğruya ya bir şeye katlanmakta ya bir şeyden kaçınmakta ya da bir şeyle yükümlü olmaktadır<sup>99</sup>. Bu sınırlamalar, mülkiyete ait bazı yetkileri kullanmama ya da başkasının kullanmasına izin verme yükümlüğünü taşınmaz malikine yükler. Bu nedenle söz konusu sınırlamalar öğretide “*kanuni irtifaklar*” olarak da adlandırılmaktadır<sup>100</sup>. Başka bir ifadeyle, söz konusu sınırlamalar taşınmaz malikine, komşu taşınmaz maliklerinin veya kamunun maliki olduğu taşınmazdan belirli bir şekilde yararlanmalarına katlanma veya onlar yararına mülkiyetin içerdiği bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü yükler. Bu sınırlamalar, gerçekte mülkiyet hakkının içeriğinde yer aldıkları için mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamı, özel hukuk ve kamu hukukundan kaynaklanan bu sınırlamalarla belirlenir. Bütün taşınmaz maliklerinin aynı ölçüde yükümlü oldukları ödevlerdir. Bu ödevler nedeniyle taşınmaz malikine tazminat ödenmez. Kanun hükümlerinin içeriğinde yer aldıkları için tescile gerek kalmadan doğrudan doğruya mülkiyet hakkını kısıtlarlar<sup>101</sup>. Bu nedenle mülkiyet hak-

<sup>96</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 636; AYAN, s. 352 vd.

<sup>97</sup> AYAN, s. 362.

<sup>98</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 636; AYAN, s. 352; SİRMEN, s. 457; TOPUZ, s. 333; EREL, s. 43.

<sup>99</sup> SİRMEN, s. 457; AYAN, s. 352; TOPUZ, s. 333.

<sup>100</sup> OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 636.

<sup>101</sup> TOPUZ, s. 334; Kanundan doğrudan doğruya doğan kısıtlamaların en çarpıcı örneği TMK m.738’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşın yapılarla ilişkin hükümler uygulanır.*”

kını sınırlayıcı değil de içeriğini belirleyici görevi olduğu ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Kural olarak, özel yararı koruma amacı güderler.

Kanundan dolayısıyla (dolaylı) doğan sınırlamalar ise kanunun yetki verdiği kişinin bu yetkisini kullanmasından sonra etkili olurlar<sup>103</sup>. Doğrudan sınırlamaların aksine kendiliğinden doğmazlar. Bu tür sınırlamalarda kanun bir kişiye taşınmaz malikine karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı tanır. Hak sahibinin yenilik doğuran talep hakkını kullanması ile taşınmaz maliki, hakkın tanındığı kişi yararına ya verme-yapma ya da bir aynı hak tesis etme yükümlülüğü altına girer (TMK m.724, m.725, m.732, m.747, m.761)<sup>104</sup>. Hak sahibi, talep hakkını (yetkisini) kullanmadığı sürece dolaylı nitelik taşıyan sınırlama doğmaz<sup>105</sup>. Dolayısıyla kanundaki koşulların gerçekleşmesiyle hak sahibinin talebi üzerine sınırlama (kısıtlama) gerçekleşir. Bunun karşılığı olarak da taşınmaz malikine belli bir bedel tazminat olarak ödenir<sup>106</sup> ve bu kısıtlamalar kural olarak tapuya tescil edilir<sup>107</sup>. Niteliği itibarıyla malikin yüklendiği ödev eşyaya bağlı bir borçtur. Bu bağaamda talep hakkının kullanıldığı anda taşınmazın maliki kim ise ödev ile o kişi yükümlü olur<sup>108</sup>.

Tüm bu açıklamalar ışığında geçiş hakkının hukuki niteliğini belirlerken Medeni Kanun'daki taşınmaz mülkiyetinin sınırlamalarını oluşturan zorunlu geçit irtifakı<sup>109</sup>, zorunlu kaynak irtifakı ve zorunlu mecra geçirme irtifaklarıyla ilgili yol gösterici hükümlerden yararlanmak gerekir<sup>110</sup>. Zira söz konusu hükümlerde düzenlenen kurumlar, geçiş hakkı ile aynı amaca hizmet etmektedir<sup>111</sup>. Geçiş hakkında; taşınmaz maliki (sağlayıcı), imzaladığı geçiş hakkı sözleşmesiyle işletmeciyeye her türlü haberleşme altyapısı ile bunları destekleyici ekipman-

<sup>102</sup> EREL, s. 42.

<sup>103</sup> AYAN, s. 353; AKÇAAL, s. 475.

<sup>104</sup> TOPUZ, s. 333; EREL, s. 43; AYAN, s. 353.

<sup>105</sup> AYAN, s. 353.

<sup>106</sup> ÖZSUNAY, Ergun, **Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 194.

<sup>107</sup> TOPUZ, s. 334; "Mecra geçirme irtifakında, tarafların uyuştukları durumda da bir hakkın mahkeme hükmüyle tespit edildiği hallerde de mecra geçirme hakkı tescilsiz doğar. Bununla beraber, kanun koyucu, mecra geçirme yetkisine, masrafları üstlenmesi şartıyla tescil imkânını da tanımaktadır. Kütüğe yapılan tescil sadece bildirici mahiyette olup, hakkın kütükte gözükmesi ihtiyacını giderir.", ÖZSUNAY, s. 196.

<sup>108</sup> TOPUZ, s. 333.

<sup>109</sup> Geniş açıklamalar için bkz. ÖZSUNAY, s. 6 vd.; ÖZ, s. 20.

<sup>110</sup> Geçiş hakkına benzeyen diğer irtifak hakları hakkında geniş açıklamalar için bkz. CİVELEK, s. 83 vd.

<sup>111</sup> BAK, s. 679; Geçiş hakkı ile belirtilen haklar arasındaki benzerlik ve farklarla ilgili geniş açıklamalar için bkz. ÖZ, s. 17 vd.

ların taşınmazının altında, üstünde veya üzerinde kurulmasına ve/veya geçirilmesine yönelik olarak taşınmazında bir kullanım hakkı tanımaktadır. Bir başka ifadeyle, taşınmazında elektronik haberleşme altyapısının kurulmasına ve bunlarla ilgili tesisatın geçirilmesine razı olma, bunlara katlanma ödevi altına girmektedir. Dolayısıyla geçiş hakkı tanımakla sağlayıcı, taşınmaz mülkiyetine katlanmayı öngören bir sınırlamayı kabul etmektedir<sup>112</sup>. Bu çerçevede geçiş hakkını Türk Medenî Kanunu m.727'de<sup>113</sup> düzenlenen mecra irtifakının özel bir görünümü olarak nitelendirmek mümkündür<sup>114</sup>. Zira söz konusu düzenlemede; su, gaz, elektrik ve benzerleri gibi kuvvet ve madenlerin taşınmasına yarayan her türlü tesisat mecra olarak ifade edilmiştir<sup>115</sup>. Dolayısıyla bir akış sağlamak suretiyle sıvı, gaz, elektrik vb. şeylerin ya da enerjinin naklini sağlayan ya da düzenleyen tesisler, setler ve hendekler mecradır. Kanundaki mecra tanımında sınırlayıcı bir dil kullanılmadığı için<sup>116</sup> elektronik haberleşme hizmeti sunmak amacıyla kurulacak altyapı ve buna ilişkin her türlü tesisatı da mecra olarak kabul etmek gerekir. İşletmeci, kamu hizmeti niteliğindeki elektronik haberleşme hizmetini kamuya sunabilmek için altyapıyı ve gerekli teçhizatı mecradan geçirmek zorundadır. Mecranın başka yerden geçirilmesi imkânsız ya da aşırı ölçüde masraflı ise ve mecra için taşınmaz malikine tam bir bedel ödeniyorsa, taşınmaz maliki arazisinden geçecek mecraya katlanmakla yükümlüdür<sup>117</sup>. Nitekim benzer düzenleme Geçiş Hakkı Yönetmeliği m.8/3'te de yer almaktadır. Buna göre, geçiş hakkı taşınmaza kalıcı zarar vermiyorsa, taşınmaz üzerindeki hakların kullanımını sürekli biçimde engellemiyorsa, teknik olarak imkân dâhilindeyse ve ekonomik açıdan da orantısız maliyetler içermiyorsa, taşınmaz maliki (sağlayıcı) işletmecinin geçiş hakkı talebini yerine getirmekle yükümlüdür<sup>118</sup>.

Elektronik haberleşme hizmetinin sağlanabilmesi için işletmecinin gerekli altyapı ve tesisata sahip olması kaçınılmaz bir durumdur. Evrensel kurallara uygun olarak haberleşme hizmetinin gereği gibi sağlanabilmesi için işletmeciye

<sup>112</sup> AYAN, s. 362; ONARAN ERTAN, Bilge, **Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 21.

<sup>113</sup> "Su, gaz, elektrik ve benzerlerinin mecraları, işletmenin bulunduğu taşınmazın dışında olsalar bile, aksine bir düzenleme olmadıkça o işletmenin eklentisi ve işletme malikin malı sayılır."

<sup>114</sup> CİVELEK, s. 81.

<sup>115</sup> ÖZSUNAY, s. 193-194; TEKİNAY, s. 88; ONARAN ERTAN, s. 21; ZENGİN, s. 39 ve 72; AKÇAAL, s. 470.

<sup>116</sup> TEKİNAY, s. 88; ZENGİN, s. 30 ve 136, 151.

<sup>117</sup> ÖZSUNAY, s. 194; TEKİNAY, s. 89 vd.

<sup>118</sup> BAK, s. 679.

geçiş hakkının tanınması zaruri (zorunluluk) bir duruma işaret eder. Başka bir ifadeyle, evrensel kurallara uygun olarak elektronik haberleşme hizmetinin sağlanabilmesi için başkasına ait taşınmazlardan işletmeciye geçiş hakkı tanınması zorunludur<sup>119</sup>. Bu çerçevede elektronik haberleşme kanununda düzenlenen geçiş hakkının hukuki niteliği belirlenirken, konunun TMK m.744'te<sup>120</sup> düzenlenen zorunlu mecra geçirme irtifakı bağlamında değerlendirilmesi ayrı bir önem arz etmektedir. Çünkü zorunlu mecra geçirme irtifakı bakımından önemli olan husus, mecra geçirecek kişinin zaruret içerisinde bulunmasıdır<sup>121</sup>. Yani mecra geçirilmesinin bir zorunluluk arz etmesidir. Mecranın başka yerden geçirilmesi imkânsız ise ya da aşırı derecede masraflı ise ve geçirilecek mecra için taşınmaz malikine tam bir bedel ödeniyorsa, taşınmaz maliki arazisinden geçirilecek mecraya katlanmakla yükümlüdür<sup>122</sup>. Bu koşulların gerçekleşmesi üzerine<sup>123</sup> işletmecinin geçiş hakkı tanımaya yönelik yenilik doğuran talebini taşınmaz malikine iletmesiyle taşınmaz malikinin geçiş hakkı tesis etme yükümlülüğü doğar<sup>124</sup>.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Elektronik Haberleşme Kanunu'nda düzenlenen geçiş hakkı, Türk Medeni Kanunu m.744'te düzenlenen zorunlu mecra irtifakının özel bir türüdür<sup>125</sup>. Öğretide ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre zorunlu mecra irtifakı, mülkiyet hakkının kanundan doğan dolaylı bir sınırlamasıdır<sup>126</sup>. Anayasal hak niteliğindeki haberleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi için kamu yararı amacıyla ihdas edilmiş, kamu hukuku kaynaklı özel kanundan (EHK) doğan bir haktır. Doğuş şekli bakımından ise kanundan dolayısıyla (dolaylı) doğan bir mülkiyet sınırlamasıdır. Konu bakımından ise taşınmaz malikine katlanma ödevi yükleyen sınırlamalardır<sup>127</sup>.

<sup>119</sup> TEKİNAY, s. 88.

<sup>120</sup> TMK m.744/1'e göre; "Her taşınmaz maliki, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla, su yolu, kuruma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür."; Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. ZENGİN, s. 85 vd. ile 113 vd.

<sup>121</sup> TEKİNAY, s. 88; Zorunlu mecranın doğumu koşulları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZAKMAN, s. 167 vd.

<sup>122</sup> Taşınmaz maliki, geçiş hakkı sahibi işletmecinin çalışanlarının taşınmaza girip mecra inşa etmesine, kontrol, bakım ve onarım faaliyetleri yapmasına katlanmakla yükümlüdür, ZENGİN, s. 127.

<sup>123</sup> Zorunlu mecra irtifakının doğum koşulları hakkında geniş açıklamalar için bkz. ÖZAKMAN, s. 181 vd.

<sup>124</sup> TEKİNAY, s. 91; ÖZAKMAN, s. 157-158.

<sup>125</sup> Geniş açıklamalar için bkz. BAK, s. 673 vd.; ÖZ, s. 19.

<sup>126</sup> ZENGİN, s. 86 ve 114-115; ÖZ, s. 13-14; CİVELEK, s. 88; Konuyla ilgili geniş açıklamalar ve öğretide bu görüşü paylaşan yazarlar için bkz. AKMAN, s. 157 vd. ile dn. 5.; Öğretide AKMAN mülkiyetin doğrudan sınırlaması görüşündedir. Yazarın geniş konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. s. 164.

<sup>127</sup> Aynı doğrultuda görüş için bkz. BAK, s. 678; ÖZ, s. 13.

## SONUÇ

Geçiş hakkı, elektronik haberleşme sektörünün en önemli konularından biridir. Sektörün liberalleşmesi, rekabete açılması, dolayısıyla pazara yeni girişlerin teşvik edilmesi ve yeni işletmecilerin önündeki engellerin kaldırılması açısından büyük önem taşımaktadır. Zira geçiş hakkına ihtiyaç duyulan çok sayıda elektronik haberleşme hizmeti bulunmaktadır. Bunlar arasında sabit, mobil ve uydu hizmetleri için ihtiyaç duyulan altyapılar, ulusal ve uluslararası hatlar, son kullanıcıya yerel sabit erişim, mobil servisler için anten yerleri, kablosuz yerel erişim, uluslararası denizaltı hatları ve ankesörlü telefon ekipmanları gibi altyapılar bulunmaktadır. Kamu hizmeti niteliğindeki elektronik haberleşme hizmetini evrensel kurallara uygun olarak sunabilmek için işletmeci, kamu ve özel kişilere ait taşınmazlardan geçiş hakkı elde etmek için taşınmaz malikleriyle (geçiş hakkı sağlayıcıları) geçiş hakkı sözleşmesi imzalamaktadır. Böylece ülkenin en ucra yerlerine elektronik haberleşme hizmetini sunma imkânına kavuşmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin tarafları, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketleri ifade eden işletmeci ile geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahiplerini ifade eden geçiş hakkı sağlayıcısıdır.

Sözleşme kapsamında geçiş hakkı sağlayıcısının temel yükümlülükleri; geçiş hakkı taleplerini kabul etme yükümlülüğü, önlem alma ve kaçınma yükümlülüğü, işletmecilere ait elektronik haberleşme altyapısını tehlikeye düşürme ve zarar verme eylemlerinden kaçınma yükümlülüğü ve kamu geçiş hakkı sağlayıcılarının ayırım gözetmeme ve şeffaf davranma yükümlülüğüdür.

İşletmecinin temel yükümlülükleri ise geçiş hakkı ücreti ödeme yükümlülüğü, geçiş hakkı sözleşmesi ile yapacağı iş ve işlemler için taşınmaz maliklerine başvurma yükümlülüğü, yapacağı altyapı çalışmalarında her türlü güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğü, geçiş hakkına konu taşınmazda ve/veya taşınmazda tesis edilen diğer altyapılara işletmecinin zarar vermeme yükümlülüğü ile oluşan zararları tazmin yükümlülüğü, geçiş hakkının kullanılacağı taşınmaz üzerinde mevcut bulunan diğer altyapılara ilişkin durumları işletmecinin bildirme yükümlülüğü ve kapasite planlama yükümlülüğüdür.

Geçiş hakkı sözleşmesiyle işletmecinin elde ettiği hakkın hukuki niteliği, Türk Medeni Kanunu m.744'te düzenlenen zorunlu mecra irtifakının özel bir türüdür. Mülkiyet hakkının kanundan doğan dolaylı bir sınırlamasıdır. Anayasal

hak niteliğindeki haberleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi için kamu yararı amacıyla ihdas edilmiş, kamu hukuku kaynaklı özel kanundan (EHK) doğan bir haktır. Doğuş şekli bakımından, kanundan dolayısıyla (dolaylı) doğan bir mülkiyet sınırlamasıdır. Konu bakımından ise taşınmaz malikine katlanma ödevi yükleyen sınırlamalardır.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2021.

ARIÖZ, Ali, Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, **Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2015, (çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/69-pdf>, E.T. 10.08.2024.

AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku -II- Mülkiyet**, (Ders Kitabı), Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

BAK, Başak; “Özel Bir Zorunlu Mecra Geçirme İrtifakı Olarak Elektronik Haberleşme Hukukunda Geçiş Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 67, S. 4.

BAŞPINAR, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

CİVELEK, Kurthan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Geçiş Hakları: Yurtdışı Örnekleriyle Mukayeseli Olarak Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2018.

ÇAVUŞOĞLU, Ahmet Erdinç, Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi**, İstanbul, 2007.

EREL, Şafak N., **Eşyaya Bağlı Borç**, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

GÜZGÜ, Baki, Telekomünikasyon Alanında Kamu Hizmetinin Görülüşü Kapsamında Abonman Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2016.

IRMAK, Ali İhsan, Türk Kamu Yönetiminde Bağımsız İdari Kurulların Yeri ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, **Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2013.

İÇÖZ, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, **Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2003.



- NOMER, Halûk Nami / ERGÜNER, Serkan, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- OĞUL, Ahmet, Geçiş Hakkı, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku** (Ders Kitabı), Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022.
- ONARAN ERTAN, Bilge, **Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÖRÜCÜ, Ersin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1976.
- ÖZ, Selçuk, Ülkemiz Geçiş Hakkı Mevzuatının Getirdiği Yenilikler ve Öneriler, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2014.
- ÖZKAYA, Ayşe, Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmelerinin İncelenmesi, **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2011, s. 42; (çevrimiçi) <https://www.btk.gov.tr/uploads/thesis/elektronik-haberlesme-sektorunde-tuketicinin-korunmasi-acisindan-abonelik-sozlesmelerinin-incelenmesi.PDF>, E.T. 10.08.2024.
- ÖZSUNAY, Ergun, **Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- SİRMEN, Lâle, **Eşya Hukuku**, (Ders Kitabı), 10. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1988.
- TOPUZ, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- ZENGİN, Hüseyin Kağan, **Mecra Hakkı**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2022.



# 2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk<sup>(\*)</sup>

The Law Applicable to the Foreign Service Contract:  
In the Light of the Decision of the General Assembly of  
Civil Chambers of the Court of Cassation dated 2023

Melis AVŞAR<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Türk şirketleri veya bu şirketlerin yurt dışında kurdukları yahut yabancı şirketlerle yaptıkları ortaklıklar neticesinde yapılacak projeler için Türkiye’den götürülen işçilerle yapılacak iş sözleşmeleri, mutad işyerinin yabancı bir ülkede olması nedeniyle yabancılık unsuru içermektedir. Türkiye’den İŞKUR aracılığıyla ve İŞKUR tarafından hazırlanan standart iş sözleşmeleri (Yurt Dışı Hizmet Akdi) kullanılarak yurt dışına çalışmaya götürülen işçilerin, Türk mahkemelerinde açtıkları davalarda uygulanacak hukuk konusu bu çalışma ile incelenecektir. Mahkeme kararlarında tartışmalı olan konuların başında, standart iş sözleşmesinde yer alan hukuk seçiminin 5718 sayılı MÖHUK m.27 çerçevesince geçerliliği meselesi yer almaktadır. Bu konuda Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri arasında içtihat farklılıkları bulunmaktadır. 2023 yılında bu konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, yurt dışına götürülen işçilerin işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Ayrıca genel işlem koşulları arasında düzenlenen hukuk seçimi de geçerli kabul edilmiştir. Bu çalışmada, yurt dışına götürülen Türk işçilerle imzalanan İŞKUR’un standart sözleşmesinden -Yurt Dışı Hizmet Akdi’nden- doğan işçilik alacaklarına ve bu alacakların tabi olacağı zamanaşımı süresine uygulanacak hukuk konusu incelenecektir. Bu inceleme yapılırken Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesinde düzenlenen genel hukuk seçimi ile 5., 8., 9. ve 10. maddelerde yer verilen hukuk seçimleri ayrı ayrı değerlendirilecek olup seçilen hukuka MÖHUK m.5 çerçevesince hangi şartlarla Türk kamu düzeni müdahalesinde bulunulabileceğinin çerçevesi ortaya konulacaktır.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.03.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 20.08.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545345>

Bu makaleye atf için: AVŞAR, Melis, “2023 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Yurt Dışı Hizmet Akdine Uygulanacak Hukuk”, **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 599-630

(\*\*) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [melis.avsar@istanbul.edu.tr](mailto:melis.avsar@istanbul.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7957-6851>

**Anahtar Kelimeler:**

MÖHUK madde 27, İŞKUR, Yurt Dışı Hizmet Akdi, İşçilik Alacakları, Zamanaşımı.

**Abstract:**

The employment contracts for workers brought from Türkiye to work on projects abroad, either for Turkish companies or as part of their partnerships with foreign companies, involve foreign elements due to the workplace being in another country. This study explores the applicable law in cases filed in Turkish courts by workers sent abroad through İŞKUR using standard employment contracts (Foreign Service Contract) prepared by İŞKUR. A major debate in judicial decisions revolves around the validity of the choice of law in standard employment contracts under Article 27 of the Code of PIL No. 5718. Jurisprudence varies between the Court of Cassation and Regional Courts of Appeal on this matter. In 2023, the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation ruled that foreign law must apply to disputes over labor claims from workers posted abroad. Additionally, the validity of choice of law in general terms and conditions was upheld. This study assesses the applicable law in labor claims arising from the Foreign Service Contract signed with Turkish workers sent abroad and the relevant statute of limitations. The evaluation includes general choice of law in Article 16 of the Foreign Service Contract and in Articles 5, 8, 9, and 10 of the Foreign Service Contract, considering when Turkish public order can intervene under Article 5 of the Code of PIL.

**Keywords:**

Article 27 of the Code of PIL, İŞKUR, Foreign Service Contract, Labor Claims, Statute of Limitations.

**GİRİŞ**

Türkiye 1960'lardan itibaren<sup>1</sup> yurt dışına iş gücü göçü vermeye başlamıştır<sup>2</sup>. İlk etapta Avrupa ülkelerine yapılan bu iş gücü göçleri, 1970'li yıllardan itibaren yerini Türk müteahhitlik şirketlerinin Ortadoğu, Rusya, Kuzey Afrika gibi ülkelerde gerçekleştirdiği projelerde çalıştırılmak üzere yapılan istihdamlara bırakmaya başlamıştır<sup>3</sup>. Bu doğrultuda Türkiye ile 13 ülke arasında İkili İşgücü Anlaşması akdedilmiştir<sup>4</sup>. Bu Anlaşmalarda, bu şekilde istihdam edilecek işçilerle yapılacak iş sözleşmelerinde kullanılmak üzere taslak bir iş sözleşmesine de yer verilmiştir<sup>5</sup>. Bu taslak sözleşmeler esas alınarak İŞKUR tarafından

<sup>1</sup> Bu doğrultuda Türkiye ilk defa Almanya ile 30.10.1961 tarihinde "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türk İşçilerinin Almanya'da İşe Yerleştirilmelerine Dair Anlaşma" yı imzalamıştır (Anlaşmanın İmzalandığı Tarih ve Yer: 30 Ekim 1961, Bad Godesberg).

<sup>2</sup> DOĞAN, Vahit, "Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 47.

<sup>3</sup> AYDIN, Fazıl (Ed.), **Uluslararası İşgücü Anlaşmaları**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 07, Ankara, 2014, s. 5.

<sup>4</sup> Bu anlaşmaların listesi için bkz. <https://www.csgb.gov.tr/uigm/genel-bilgi/ikili-isgucu-anlasmalari/>, E.T. 20.02.2024.

<sup>5</sup> Karşılıklı iş birliği yapılmasını öngören bu anlaşmalar uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki konularında herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle İkili İşgücü Anlaşmaları'nın MÖHUK m.1 çerçevesince MÖHUK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bkz. ÖZEL, Sibel, "Yurt Dışı Hizmet Akitlerine Uygulanacak Hukuk" **PPIL**, Y. 2023, C. 43, S. 1, s. 386.

bir tip sözleşme örneği hazırlanmış olup bu sözleşme Yurt Dışı Hizmet Akdi adını taşımaktadır. Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un<sup>6</sup> ilgili maddelerine dayanılarak çıkartılmış olan Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği<sup>7</sup> m.8/1'de, örneği Kurumca hazırlanan hizmet akdinin imzalanmasının ve Kuruma onaylatılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Türk şirketler tarafından yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülecek işçilerle yapılacak sözleşmelerde bu tip sözleşmenin kullanılması herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bir yükümlülük olarak kabul edilmiş olup buna uyulmaması hâlinde işverenlere Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği m.10 çerçevesinde para cezası yaptırımını söz konusu olmaktadır.

Öte yandan, Türkiye'den İŞKUR vasıtasıyla yurt dışına çalışmak üzere götürülen işçilerin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarına ilişkin davaların, uygulamada sıklıkla Türk mahkemeleri önüne geldiği görülmektedir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>8</sup> (MÖHUK) çerçevesinde belirlenecektir. MÖHUK m.27'de yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Anılan hüküm iş sözleşmesi taraflarına "*işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla*" uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımıştır.

İŞKUR Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde de işçi ile işveren arasında doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimine yer verilmiştir. Bu şekilde standart sözleşmede yer alan hukuk seçiminin geçerliliği mahkeme kararlarında tartışmalı bir konu olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020 senesinden sonra verdiği kararlarda, hukuk seçimini geçerli görüp yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varmaya başlamıştır<sup>9</sup>. Yargıtay'ın bu karardan önceki içtihatlarında ise hatalı olarak yabancılık unsuru göz ardı edilerek yurt dışına çalıştırılmak üzere işçilerin Türk vatandaşı olduğu hâllerde doğrudan

<sup>6</sup> RG. 05.07.2003, S. 25159. 2003 yılında ilk yayımlandığında Türkiye İş Kurumu Kanunu ismini taşıyan bu Kanun'un adı daha sonra 703 sayılı KHK'nın (RG. 09.07.2018, S. 30473, 3. Mükerrer) 74. maddesiyle değiştirilmiştir.

<sup>7</sup> RG. 16.02.2008, S. 26789. 2008 yılında ilk yayımlandığında "Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelik" ismini taşıyan bu Yönetmeliğin adı daha sonra 11.03.2015 tarihli ve 29292 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Türkiye İş Kurumu Yurtdışında İşe Yerleştirme Hizmetine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile değiştirilmiştir.

<sup>8</sup> RG. 04.12.2007, S. 26728.

<sup>9</sup> Örnek kararlar için bkz. ERTEN, Rifat, "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ed. Mehmet ÖZDAMAR et al., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 214-215.

Türk hukuku uygulanmaktaydı. Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde de oldukça eleştirilmekteydi<sup>10</sup>. Türk işçilerin açtıkları davalarda işçiyi korumak adına geliştirilen işveren ile işçi arasında organik bağ bulunduğu gerekçesi ile Türk hukukunun uygulanması, milletlerarası özel hukukun temel prensipleri ile çelişen bir durum yaratmaktaydı. Zira yabancı bir hukukun uygulanmasına engel hâller, MÖHUK m.5 kamu düzeni müdahalesi ve MÖHUK m.6 doğrudan uygulanan kurallar kapsamında söz konusu olmaktadır. Organik bağ bulunması, Türk hukukunun uygulanması bakımından milletlerarası özel hukuk açısından bir sebep oluşturmamaktadır.

Yargıtay'ın bu hatalı içtihadından döndüğü ve 2020 senesinde verilen ilk kararlardan biri olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2020 tarihli ve 2016/5615 esas numaralı kararına<sup>11</sup> konu uyuşmazlıkta, Umman'da ağır vasıta şoförü olarak çalışmak üzere Türkiye'den götürülen ve işvereni ile arasında Yurt Dışı Hizmet Akdi bulunan işçinin, talep ettiği işçilik alacaklarına Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde seçilen Umman hukukunun uygulanması gerektiğine karar verilerek Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı bozulmuştur. BAM kararı ve onunla aynı yönde olan ilk derece mahkemesi kararları yayınlanmamış olmakla birlikte 9. Hukuk Dairesi'nin kararının içeriğinden, her iki alt derece mahkemesince verilen kararda da, davalı yabancı şirketin Türkiye'de şubesi bulunan bir şirket ile ortaklık ilişkisi içerisinde bulunduğu gerekçe gösterilerek Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu da esasında Yargıtay'ın organik bağ olduğu gerekçesiyle Türk hukukunu hatalı olarak uyguladığı içtihatlarla benzer bir doğrultuda olduğunu göstermektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarındaki bu değişim nedeniyle Bölge Adliye Mahkemesi vermiş olduğu direnme kararlarında<sup>12</sup>, Yargıtay'ın 2020 senesi öncesinde vermiş olduğu içtihatlardan dönüldüğü, bunun ise Hukuk Genel Kurulu'nca karara bağlanması gereken bir konu olduğu gerekçesiyle bu uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne götürülmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.05.2023 tarihinde vermiş olduğu karar<sup>13</sup> (2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı) ile içtihat farklılıklarını çözmüştür. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu ile kanımızca milletlerarası özel hukuk bakımından son

<sup>10</sup> ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 441-442; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FIGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 360-361.

<sup>11</sup> Yar. 9. HD, E. 2020/5615, K. 2020/16554, 24.11.2020, www.lexpera.com.tr, E.T. 15.07.2024.

<sup>12</sup> Örnek kararlar için bkz. ERTEN, **Yurt Dışında Çalışan**, s. 216.

<sup>13</sup> Yar. HGK, E. 2022/873, K. 2023/424, 10.05.2023, www.lexpera.com.tr, E.T. 20.02.2024.

derece hatalı olan içtihatlardan dönülmüştür. Zira yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun MÖHUK çerçevesince tespit edilmesi gerekmektedir. Davanın taraflarının her ikisinin de Türkiye ile bağlantısı olması, Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren bir sebep değildir.

Bu çalışma ile 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı ışığında Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusu MÖHUK m.27 çerçevesinde genel olarak incelendikten sonra İŞKUR Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer verilen hukuk seçimi hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır. Son bölümde ise bu sözleşmeden doğan alacakların tâbi olacağı zamanaşımı incelenecektir.

## I. İŞKUR YURT DIŞI HİZMET AKDİNE UYGULANACAK HUKUK

### A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru bulunan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.27'deki bağlama kuralı ile tespit edilecektir<sup>14</sup>. İş sözleşmelerinde yabancılık unsuru; sözleşmenin birden fazla devlet ile bağlantılı olması, işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması gibi hâllerde söz konusu olmaktadır<sup>15</sup>. Yabancılık unsurunun oluşması bakımından işçinin işini yabancı bir ülkede yapıyor olması<sup>16</sup> yeterli kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 115; NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 347; ÇELİKEL / ERDEM, s. 426; AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 265; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 357; DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 429; GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 190; ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 454.

<sup>15</sup> Örneğin; işçinin işverenin çeşitli alt firmalarında kalıpcı olarak 2008-2014 yılları arasında Ukrayna'da çalışmış olması, bu işyerinin mutad işyeri olarak sayılması için yeterli görülmüştür. Bkz. Yar. 9. HD, E. 2021/12547, K. 2021/16788, 22.12.2021, www.lexpera.com.tr, E.T. 20.02.2024.

<sup>16</sup> Örneğin; Türk firmanın aracılık etmesi üzerine Suudi Arabistan'a (Mekke şehri) götürülen ve yabancı işverene tabi olarak çalışan Türk vatandaşının uğradığı iş kazası nedeniyle Türk mahkemelerinde açtığı davada mahkemeye, işveren Türk firma olmasa bile olayda yabancılık unsuru bulunduğunu şu şekilde ifade etmiştir: "İş akti, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve aktin taraflarından en az birinin yabancı tebealı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir." Bkz. Yar. HGK, E. 1989/10-316, K. 1989/411, 07.06.1989, (ÇELİKEL, Aysel / NOMER, Ergin / GİRAY, Faruk Kerem / ESEN, Emre, **Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 580 vd.).

İş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda kıdem tazminatı, ücret, yıllık ücretli izin süresi alacağı, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti gibi alacaklar ve bu alacakların tabi olacağı zamanaşımı süresine m.27'nin gösterdiği hukuk (iş sözleşmesi statüsü/*lex causae*) uygulanacaktır. İş sözleşmesi statüsünün kapsamına bunların yanında sözleşmenin meydana gelmesi, belirli/belirsiz süreli olması, sözleşmenin ifası ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin konular da girmektedir<sup>18</sup>.

MÖHUK m.27'deki bağlama kuralı ile iş sözleşmesi statüsü (*lex causae*) tespit edilmeden önce, *lex causae*'in iş sözleşmesinde yer alan sözleşme hükümleriyle arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır. Bir uyuşmazlık çıktığı zaman mahkemece yabancılık unsuru bulunması hâlinde ilk olarak sözleşmenin tâbi olacağı hukukun tespit edilmesi gerekir. Ancak sözleşmeler hukuku bakımından kabul gören genel prensip, sözleşmesi serbestisidir. Eğer sözleşmenin tâbi olacağı hukukta da sözleşme serbestisi prensibi kabul ediliyorsa, mahkemece öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılarak bu uyuşmazlığın çözülmesi gerekir<sup>19</sup>. Sözleşmenin maddi içeriğini oluşturan hükümlerle çözülemeyen bir uyuşmazlığın söz konusu olması hâlinde, yabancılık unsuru gözetilerek MÖHUK m.27'deki kuralın gösterdiği hukuk yani sözleşme statüsü uygulanır. Ancak eklemek gerekir ki, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde yer alan sözleşme hükümlerinin uygulanma kabiliyeti, iş sözleşmesinin tabi olacağı hukukta (*lex causae*) bu hükümlerin emredici hukuk kurallarıyla düzenlenmemiş olmasına bağlıdır. Bunun dışında *lex fori*'de yer alan doğrudan uygulanan kurallar ile mahkemenin hukukunun kamu düzeni müdahalesi ile uygulanması hâllerinde de taraflar arasında sözleşme hükümleri uygulanamayacaktır.

## B. Hukuk Seçimi ve Objektif Bağlama Kuralı Hakkında Genel Bilgi

MÖHUK m.27/1'de uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân tanınmıştır. Ancak seçilen hukuk, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumanın<sup>20</sup> altında kalamayacaktır. Hukuk

<sup>17</sup> Yargıtay'ın 2020 senesine kadar yabancılık unsurunun tespitinde hatalı olarak vermiş olduğu kararlarda; Türk şirketler tarafından yatırımın yapıldığı yabancı ülkede, o ülke kanunlarına göre kurdukları şirketler ile Türkiye'den bu ülkede çalıştırılmak üzere yurt dışına götürülen işçilerle yapılan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, yurt dışına götüren şirket ile yurt dışındaki yabancı şirket arasında organik bağ bulunduğu ve bu nedenle yabancılık unsuru oluşmadığı gerekçe gösterilerek Türk hukuku uygulanmaktaydı. Bu kararların eleştirisi için bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 441-442; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 360.

<sup>18</sup> NOMER, s. 347.

<sup>19</sup> ŞANLI, Cemal, **Hukuki Mütalaalarım**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 413.

<sup>20</sup> Asgarî korumanın sınırını, işçinin mutad işyeri hukukunun kamu hukukuna ilişkin hükümlerinin oluşturacağı belirtilmektedir (bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 435). Doktrinde ayrıca asgarî korumanın tespitinde



seçimi imkânının, mutad işyeri hukukunun sağlayacağı asgarî koruma ile sınırlandırılmasının amacı, ekonomik olarak zayıf konumda bulunan ve işveren ile eşit güce sahip olmayan işçilerin, hukuk seçimi yapılmak suretiyle işçilik haklarının mutad işyerine nazaran çok daha elverişsiz koşullarda kabul edildiği bir hukuka tabi olmaları riskinden korunabilmeleridir<sup>21</sup>. İş sözleşmelerinde, sözleşmenin zayıf konumunda olan tarafını oluşturan işçiyi korumak için hukuk seçimi imkânının hiç tanınmaması yerine, işçinin mutad işyeri hukukundaki koruyucu hükümlerin asgarî korumasına sahip olması ve bu çerçevede hukuk seçimi yapılabilmesi imkânı kabul edilmiştir. Böylelikle sözleşmeler alanında geçerli olan irade serbestisi tamamen sınırlanmamış olmaktadır<sup>22</sup>. Asgarî korumanın ölçüsü olarak mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri kabul edilmiştir.

MÖHUK m.27'nin mehzasını oluşturan Roma Konvansiyonu<sup>23</sup> ve bu Konvansiyon esas alınarak kabul edilen Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü'nde<sup>24</sup> asgarî korumanın sınırını, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk oluşturmaktadır. Objektif bağlama kuralının kapsamına, istisna kuralı olarak da adlandırılan uyumsuzluk ile daha sıkı ilişkili hukuk da girmektedir. Oysa MÖHUK'ta bu tercih edilmemiş ve sadece mutad işyeri hukukunun asgarî koruması kabul edilmiştir<sup>25</sup>. MÖHUK'taki bu düzenleme hem uyumsuzlukla daha sıkı ilişkili bulunan hukukun sağlayacağı asgarî korumanın sağlanması imkânını ortadan kaldırmakta hem de işçinin mutad işyeri bulunmaması hâlinde<sup>26</sup> hiçbir asgarî korumaya sahip olmaması sonucunu doğurabilecek nitelikte olmaktadır.

---

mutad işyeri hukuku ile seçilen hukuk arasında uygulanması gereken hükümler bakımından tek tek bir karşılaştırılma yapılmaması, bir bütün olarak hangi hukukun daha iyi koruduğunun araştırılması gerektiği de belirtilmektedir (bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 362).

Ayrıca asgarî korumanın tespitinde kullanılacak yöntemler hakkında detaylı bilgi için bkz. DOĞAN, Vahit, "5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 11, S. 1, s. 155-59; ELÇİN, Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 100.

<sup>21</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 362; ELÇİN, **İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, s. 92.

<sup>22</sup> DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 425-426.

<sup>23</sup> Official Journal C 027, 26/01/1998 P. 0034-0046, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>, E.T. 20.02.2024.

<sup>24</sup> Official Journal L 177 4.7.2008 p. 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02008R0593-20080724>, E.T. 20.02.2024. ("Roma I Tüzüğü" olarak anılacaktır.).

<sup>25</sup> DOĞAN, **Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s. 59.

<sup>26</sup> Doktrinde işçinin mutad işyeri bulunmaması hâlinde kanunda açık bir hüküm bulunmadığı ve asgarî korumanın işverenin esas işyeri hukuku ile sağlanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 359.

MÖHUK m.27'de hukuk seçiminin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>27</sup>. Ancak doktrinde kabul edildiği üzere sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren genel madde olan MÖHUK m.24'te hukuk seçimine ilişkin kabul edilen kurallar, iş sözleşmelerinde yapılacak hukuk seçimi bakımından da uygulama alanı bulacaktır<sup>28</sup>. Bu doğrultuda hukuk seçimi açık veya zımnî yapılabilir<sup>29</sup>. Kısmî hukuk seçimi yapılması<sup>30</sup> veya hukuk seçiminin sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihte yapılması da mümkündür<sup>31</sup>. Ayrıca seçilecek devlet hukuku bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. İş sözleşmesiyle bağlantılı olmayan bir devletin hukukunun seçilmesi mümkündür<sup>32</sup>.

Şartlı hukuk seçimi yapılabilmesi imkânı MÖHUK'ta açıkça düzenlenmemekle birlikte hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında bu şekilde yapılan hukuk seçimleri geçerli kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Şartlı hukuk seçimi; geciktirici şarta bağlı olarak yani hüküm ifade etmesi ileride gerçekleşecek bir şarta bağlanarak yapılabileceği gibi, bozucu şarta bağlı olarak da yapılabilir<sup>34</sup>. İş sözleşmeleri bakımından da şartlı hukuk seçimi yapılabilmesi mümkündür<sup>35</sup>.

Yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde hukuk seçimi bulunmayan hâllerde iş sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.27'nin 2. ve 3. fıkrala-

<sup>27</sup> 27. maddede hukuk seçimi yapılırken şekle ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle şekle ilişkin problemlerin MÖHUK m.7'deki genel kural çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir. Tarafların şekle uygulanmak üzere de hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. ELÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 57-58.

<sup>28</sup> Avrupa Birliği hukukunda Roma I Tüzüğü'nde açıkça hukuk seçimi yapılması konusunda genel hukuk seçimi maddesine atıfta bulunulmaktadır. MÖHUK m.27'de ise böyle açık bir gönderme yoktur.

<sup>29</sup> GÜNGÖR, s. 190.

<sup>30</sup> Kısmî hukuk seçimi, sözleşmenin bölünebilir kısımları için yapılabilir. İş sözleşmelerinde kısmî hukuk seçimine örnek olarak çalışma saatleri veya yıllık izne uygulanacak hukukun farklı bir hukuka tabi kılması verilebilir. Bkz. ELÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 104-105.

<sup>31</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 436; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 325-26; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 459.

<sup>32</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 333; ELÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 82.

<sup>33</sup> NOMER, s. 331; DEMİRKOL, Berk, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 188 vd. Ayrıca şartlı hukuk seçimini geçerli gören Yargıtay HGK kararı için bkz. yukarıda dn. 16.

<sup>34</sup> DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 282; BAYATA CANYAŞ, Aslı, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 73.

<sup>35</sup> AYGÜL, Musa / ERDOĞAN, Canan, "Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2022, C. 7, S. 2, s. 770.

rında yer alan objektif bağlama kuralı vasıtasıyla tespit edilecektir. Objektif bağlama kuralında mutad işyeri hukuku esas alınmakla birlikte işçinin geçici olarak işini başka bir ülkede yapması veya işçinin devamlı bir işyeri bulunmaması hâllerine özgü kurallar da kabul edilmiştir. Bu kurallar çerçevesinde uygulanacak hukukun tespiti için mutad işyeri kavramının tanımlanması gerekmektedir. Öncelikle bir bağlama noktası olan mutad işyeri *lex fori*'ye göre vasıflandırılmalıdır<sup>36</sup>. Mutad işyerinin doğru tespit edilmesi önemlidir, zira hem hukuk seçimi yapılan hâllerde işçinin sahip olacağı asgarî korumanın sınırını belirlemede hem de bir hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktası olma işlevi bulunmaktadır.

Mutad işyeri belirlenirken işçinin işini ağırlıklı olarak hangi ülkede yerine getirdiğine bakılmalı, bu yapılırken işin niteliği ve süresi bakımından hangi ülkede işin daha ağırlıklı olarak yerine getirildiği ölçütü kullanılmalıdır. İşçinin, birden fazla ülkede çalışması bulunuyorsa tarafların iradesine bakılarak mutad işyeri tespit edilecektir. İşçi ve işverenin iradesinin, bu çalışmaların yapıldığı ülkelerden hangisini işin ağırlıklı olarak gerçekleştirildiği yer olarak kabul etmeye yönelik olduğunun araştırılması gerekir. İşçinin geçici olarak bir başka yere gönderilmesinde mutad işyerinin değişip değişmediğinin tespitinin, tarafların iradesine bakılarak yapılması gerekir<sup>37</sup>.

2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da mutad işyeri; “*işçinin işini fiilen yaptığı yer, işinin önemli bir kısmını yapmak için zamanını geçirdiği yer...*” şeklinde tanımlanmış olup “... *mutad işyeri belirlenirken sözleşme süresinin tamamında belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün hâlinde nerede ifa edildiği...*”nin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp birden fazla ülkede yapması hâlinde, iş sözleşmesine işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Örneğin; fuar ve sergilerde çalışan işçilerin veya hava yolu personellerinin mutad işyeri bulunmamaktadır. Bu durumda MÖHUK m.27/3 uyarınca işverenin esas işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3’ün Uygulanması Sorunu” **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 8, S. 2, s. 204.

<sup>37</sup> NOMER, s. 351; ÇELİKEL / ERDEM, s. 433; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 430.

<sup>38</sup> Esas işyeri kavramından, işverenin işyeri/işletme merkezinin bulunduğu ülkenin anlaşılması gerekmektedir. Bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FIGANMEŞE, s. 364. Eğer birden fazla işletme merkezi bulunuyorsa işçinin işe alındığı işletme merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bkz. DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 430.

İŞKUR aracılığı ile yurt dışına götürülen işçilerin, mutad işyeri götürüldükleri ülke olmaktadır. Bununla birlikte aynı işverene ait farklı ülkelerde çalıştırılan işçilerin mutad işyeri, her bir çalışma bakımından işin yapıldığı ülke olacaktır. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurul kararına konu olan uyumsuzlukta da işçinin aynı işverenin Rusya, Libya ve Umman'daki işyerlerinde farklı dönemlerde çalışması olduğu, uygulanacak hukuk belirlenirken her bir ülkede geçen çalışmalar bakımından ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

MÖHUK m.27/4 uyarınca, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığında<sup>39</sup>, hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda, sözleşmeye objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk yerine bu hukukun uygulanabilmesi mümkündür. Hatta diğer sözleşme tiplerine ilişkin maddelerde düzenleniş şekliyle farklı olarak hâkime bu konuda bir takdir hakkı bırakılmıştır. Hâkim bu takdir hakkını işçinin menfaatine olacak hukuku seçerek kullanmalıdır<sup>40</sup>.

Daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde; işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, tarafların vatandaşlığı, işverenin yerleşim yeri, sözleşmenin dili, ücretin ödendiği para birimi, sözleşmenin yapıldığı yer gibi kriterler dikkate alınabilecektir<sup>41</sup>. Nitekim 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında iş sözleşmesinin ne zaman Türk hukuku ile daha sıkı ilişki içerisinde olacağı hakkında şu tespitlerde bulunulmuştur:

*“... işçinin sosyal çevresinin Türkiye’de bulunması, Türkiye’nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye’de ve Türk Lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk Hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk Hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bir bölümünün varlığı hâlinde iş sözleşmesinin Türk Hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabilir”.*

<sup>39</sup> MÖHUK m.27/1 kapsamında hukuk seçimi yapıldığı hâllerde artık MÖHUK m.27/4’te düzenlenen daha sıkı ilişkili hukuk istisnası uygulama alanı bulamayacaktır. Yani tarafların seçtiği hukuka nazaran somut uyumsuzlukla daha sıkı ilişkili bir başka devletin hukuku mevcut olsa dahi, bu hukuk uygulanamaz, sözleşmeye tarafların seçtikleri hukuk uygulanır. Zira MÖHUK’un 27. maddenin 4. fıkrasında kabul edilen bu istisna kuralı, sadece hukuk seçimi yapılmadığı zamanlarda uygulama alanı bulmaktadır.

<sup>40</sup> NÖMER, s. 353; ÇELİKEL / ERDEM, s. 438; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 365; EL-ÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 146; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 431.

<sup>41</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 438; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 365.

Yurt Dışı Hizmet Akdi bakımından bu doğrultuda yapılacak bir değerlendirmede; işçilerin Türkiye’de yerleşim yerine sahip olması, işverenlerin Türk müteahhitlik şirketleri veya bu şirketlerin işçilerin götürüldüğü ülkelerdeki şirketlerle kurdukları ortaklıklar olması, işçilerin bulunması sürecine İŞKUR’un aracılık etmesi, ücretin işçilerin Türkiye’deki banka hesabına döviz veya karşılığı Türk Lirası olarak yatırılacak olması (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.6), işçilerin Türkiye’de sigortalı olması (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.11), işçilerin götürüldükleri ülkelerde çalışabilmeleri için gereken prosedürlerin (pasaport vs.) işveren tarafından yapılması (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.13), işçilerin götürüldükleri ülkede işveren tarafından sağlanan lojmanlarda konaklatılması (Yurt Dışı Hizmet Akdi m.14) ve sözleşme dilinin Türkçe olması gibi hususların önemli bir bölümünün mevcut olduğu birlikte değerlendirildiğinde Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olduğu söylenebilecektir. Böylelikle Yurt Dışı Hizmet Akdi kullanılarak yurt dışına götürülen işçilerle yapılan sözleşmelerde, Türk hukuku çalışılan ülke hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili olmaktadır<sup>42</sup>. Ancak hâkimin, daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunu uygulaması, bu hukukun mutad işyeri hukukuna nazaran işçi bakımından daha lehe hükümler içermesine bağlı olmalıdır.

## C. Yurt Dışı Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi

### 1. Genel Bilgi

Yurt Dışı Hizmet Akdi’nin 16. maddesinde bir genel hukuk seçimi maddesine ve 5, 8, 9 ile 10. maddelerinde hukuk seçimine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. 16. maddede genel hukuk seçimi düzenlemesi kaleme alınırken belirli hususlarda çalışılan ülke hukukunun şartlı olarak seçilmesi tercih edilmiştir. Ayrıca sözleşmede seçilen çalışılan ülke hukukunun, MÖHUK m.27 anlamında hukuk seçiminin asgarî koruma sınırını oluşturan mutad işyeri hukuku ile aynı yer hukuku olması işçiler bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek nitelikte olabilecektir. Bu iki hukukun aynı yer hukuku olması, işçilerin asgarî koruma hukukuna sahip olamayacağı bir durum yaratabilecektir. İlaveten İŞKUR tarafından hazırlanmış olmakla birlikte tek taraflı olarak işçiye müzakeret etme imkânı tanınmaksızın imzalatılan iş sözleşmelerinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliği bakımından genel işlem koşulu olmaları nedeniyle ayrı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

<sup>42</sup> Özel tarafından da bu tespit; yurt dışı hizmet akitlerinin Türkçe olduğu, sözleşme taraflarının Türk olduğu ve mutad meskenlerinin Türkiye’de bulunduğu, ücretin Türkiye’de harcandığı ve davaların Türk mahkemelerinde açıldığı gerekçe gösterilerek yapılmaktadır. Bkz. ÖZEL, s. 394.

## 2. Hukuk Seçiminin Sınırı: Asgarî Koruma

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçiminde uygulanacak hukuk olarak çalışılan ülke hukuku seçilmiştir. Bu hukuk çoğu zaman MÖHUK m.27 çerçevesinde objektif bağlama kuralıyla gösterilen hukuku karşılar nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte çalışılan ülke ile mutad işyeri her zaman aynı yer olmayabilir<sup>43</sup>. Özellikle işçinin geçici olarak gönderildiği bir yer, onun mutad işyeri sayılmayacakken Yurt Dışı Hizmet Akdi m.16 çerçevesince çalışılan ülke hukuku sayılabilecektir<sup>44</sup>. Bununla birlikte çalışmada esas alınan 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına konu uyuşmazlık bakımından çalışılan ülke ile mutad işyeri aynı hukuka işaret ettiği için bu farklılığın pratik bir sonucu olmayacaktır.

Objektif bağlama kuralıyla tercih edilen bağlama noktası, kanun koyucunun o uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili olduğunu varsaydığı hukuk olmaktadır. Ancak bu varsayım, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kabul edilen objektif bağlama kuralları bakımından geçerli olmayacaktır. Zira MÖHUK'ta hem sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren genel madde olan 24. maddede hem de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren 27. maddede düzenlenen objektif bağlama kuralında, tercih edilen bağlama noktasının gösterdiği hukuka nazaran daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması hâlinde bu hukukun uygulanacağı yönünde istisna kuralına yer verilmiştir. İş sözleşmeleri bakımından daha sıkı ilişkili hukuk istisnasını uygulayıp uygulamama konusunda işçinin menfaatinin gözetilmesi amacıyla hâkime takdir yetkisi verilmiştir<sup>45</sup>. O hâlde, objektif bağlama kuralında kabul edilen bağlama noktasının her zaman en sıkı ilişkili hukuku gösterdiği söylenemeyecektir.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde asgarî korumanın ölçüsünü oluşturan çalışılan ülke hukuku seçildiği zaman, işçiyi koruyacak asgarî bir hukukun bulunmaması sonucu da doğacaktır. Oysa kanun koyucunun amacının bu olduğu söylenemez. Aksine iş sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı işçinin korunması amacıyla sınırlı olarak kabul edilmiştir. Kanımızca mehoz Roma Konvansiyonu ile Roma I Tüzüğü'ne benzer şekilde bir düzenleme getirilmesi ve MÖHUK 27. maddenin yeniden kaleme alınması gerekmektedir<sup>46</sup>. İşçinin, seçilen hukukta sahip olacağı asgarî koruma-

<sup>43</sup> Doktrinde mutad işyeri kavramından tarafların iradesi doğrultusunda esas olarak fiilen işin yapıldığı yer anlaşıldığından, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde çalışılan ülke olarak mutad işyerinin kastedildiği ileri sürülmektedir. Bkz. AYGÜL / ERDOĞAN, s. 759.

<sup>44</sup> ERTEN, *Yurt Dışında Çalışan*, s. 245.

<sup>45</sup> DOĞAN, *İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 163.

<sup>46</sup> Doktrinde Elçin tarafından da aynı görüş ileri sürülmüştür. Yazara göre, "... hukuk seçimi bulunmaması hâlinde uygulanacak hukukun sözleşmeyle bertaraf edilemeyen maddi hukuka dair emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, ..." şeklinde hukuk seçimi maddesinin revize edilmesi gerekmektedir. Bkz. ELÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 155.

nın sınırını, mutad işyeri yanında daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının da uygulanabilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. İşçinin, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun sağlayacağı asgarî koruma ile hukuk seçimi karşısında korunması gerekmektedir. Seçilen hukukun zaten asgarî korumanın sınırını oluşturan hukuk olması ise tek başına işçinin korunduğu bir hukuka tabi olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle tıpkı mutad işyerinin bulunmaması hâlinde işçinin hukuk seçiminde asgarî olarak işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukuku ile korunması fikri doktrinde ileri sürülmekteyse<sup>47</sup> burada da benzer bir yaklaşımla mutad işyerine nazaran daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde asgarî korumanın sınırını bu hukukun oluşturması kabul edilmelidir.

### 3. Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Alan Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Yurt dışı hizmet akdi, İŞKUR tarafından hazırlanmış olmakla birlikte bu sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem şartı olarak kabul edilebilmesi için mutlaka sözleşmenin taraflarından birince hazırlanmasına gerek yoktur. Nitekim 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da bu durum, “... *Hukuki ilişkinin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının idari denetimden geçiyor olması, hükümlerin meslek birliklerince hazırlanması veya başkaca kuruluş ve Bakanlıkların görüşü alınarak düzenlenmesi bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliğini ortadan kaldırmaz.*” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Genel işlem şartlarında yer alan bir hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı sorusu için öncelikle hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir<sup>48</sup>. Zira MÖHUK'ta hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanacak hukuka dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>49</sup>. Bir görüşe göre, genel işlem şartlarında yer alan bir hukuk seçimi klozunun geçerliliğine o kloz ile seçilen devletin hukukunun uygulanması gerekmektedir<sup>50</sup>. Bir başka görüşe göre ise hukuk seçimi esas sözleşmeden bağımsız olduğu için geçerliliğine *lex fori* uygulanmalıdır<sup>51</sup>. Doktrinde ayrıca tarafların müşterek bir hukuku varsa hukuk seçiminin

<sup>47</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 359.

<sup>48</sup> Bu görüşler için bkz. ÖZGENÇ, Zeynep, “Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği”, *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, Ed. Zeynep Derya TARMAN, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 404 vd.

<sup>49</sup> MÖHUK'a mehzaz teşkil eden 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ve bugün yürürlükte bulunan Roma I Tüzüğü'nde ise hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine, esas sözleşmenin tabi olacağı hukukun uygulanması kabul edilmiştir.

<sup>50</sup> DEMİRKOL, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 79 vd.

<sup>51</sup> ULUOCAK, Nihal, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 186.

geçerliliğine bu hukukun uygulanması gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Doğan<sup>52</sup> tarafından iş sözleşmeleri incelenirken ileri sürülen bu görüşün kabul edilmesi durumunda özellikle İŞKUR vasıtasıyla Türk işverenlerce yurt dışında gerçekleştirilecek projelerde istihdam edilmek üzere götürülen işçilerle yapılan sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının geçerliliğine tarafların müşterek hukuku bulunması sebebiyle Türk hukukunun uygulanması gerekeceği söylenebilecektir<sup>53</sup>. Yine bir başka görüşe göre ise, tüketici ve işçinin tarafı olduğu sözleşmelerde yapılacak hukuk seçimi MÖHUK m.26 ve m.27'deki şartları sağlama koşuluyla geçerli olup Türk hukukuna tabi olarak bu değerlendirmenin yapılması gerekmektedir<sup>54</sup>. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>55</sup> m.21 çerçevesinde yürürlük denetimine, m.23 çerçevesinde yorum denetimine ve m.25 çerçevesince içerik denetimine tabi olacaktır<sup>56</sup>.

Bununla birlikte 2023 tarihli Hukuk Genel Kurul kararında; "... 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağını belirtmek gerekir. Söz konusu hükümler, hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması hâlinde işlev görebilir..." tespitinde bulunulmuştur<sup>57</sup>. Yargıtay'ın bu tespitinden hukuk seçimine hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiği açık olarak anlaşılammamaktadır. Zira kararda Türk hukukunun uygulanamayacağı, bu nedenle TBK hükümleri kapsamında bir inceleme yapılamayacağı belirtilmiş olmakla birlikte genel işlem şartlarında yer alan bir hukuk seçiminin geçerliliğinin hangi hukuka göre değerlendirileceği hakkında bir görüş bildirilmemiştir. Bu-

<sup>52</sup> DOĞAN, Vaht, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 30.

<sup>53</sup> DOĞAN, *Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 73.

<sup>54</sup> ÖZEL, s. 390.

<sup>55</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>56</sup> Genel işlem şartları arasında yer alan hukuk seçiminin geçerliliğine TBK'daki düzenlemelerin ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda detaylı bilgi için bkz. DEMİRKOL, Berk, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması" *PPIL*, Y. 2020, C. 40, S. 2, s. 1323 vd.

<sup>57</sup> 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, BAM'ın verdiği direnme kararı gerekçesi ise şöyledir: "... imzalanmış matbu nitelikteki yurt dışı hizmet akitlerinin boşluklarının çoğu zaman işveren tarafından doldurularak işçilere imzalatıldığı, taraflarca hariçten imzalanarak Kuruma verilen ve Kurum yetkilisi tarafından onaylanarak saklanan sözleşmelerin bir kısım maddelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunmakla birlikte işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına tâbi olacağı ve çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmemesi sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen, İş Hukukundaki görünümü genel iş koşulları olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler karşısında geçerli kabul edilemeyeceği..." Kanımızca bu gerekçelerle hukuk seçimi geçersiz görülemez. Zira çalışma koşullarına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü, taraflar arasında sözleşmenin kurulmasına yönelik *consensus* bulunup bulunmadığının tespitinde bir kriter olarak kullanılamamalıdır.



nunla birlikte kararda genel işlem koşullarında düzenlenen hukuk seçimi geçerli bulunmuştur. Yargıtay’ca burada hukuk seçimiyle seçilen devletin hukukuna göre bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşünün benimsendiği söylenebilir. Zira bu hukuka göre genel işlem koşullarının geçerliliği konusunda herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Ayrıca hukuk seçimi anlaşmasının, esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bunun anlamı esas sözleşmenin ve bu sözleşmenin bir parçasını oluşturan genel işlem koşullarının geçersiz olmasının, tek başına hukuk seçimi anlaşmasının veya genel işlem koşulları arasında yer verilen hukuk seçiminin geçersiz olması sonucunu doğurmamasıdır.

Yurt dışı hizmet akdi bakımından doktrinde bu şekilde genel işlem koşulları arasında yer verilen hukuk seçimi klozları geçerli kabul edilmektedir<sup>59</sup>. Bununla birlikte TBK çerçevesince yapılacak genel işlem koşulu denetimi bakımından seçilen hukukun taraflarca öngörülebilir bir hukuk olması ve uyumsuzluk ile arasında sıkı bir ilişki bulunması gerekir<sup>60</sup>. Yurt dışı hizmet akdiyle seçilen hukuk, çalışılan ülke hukuku olduğu için bu hukuk hem işçi tarafından öngörülebilecek bir hukuk hem de iş sözleşmesiyle sıkı ilişkili bir hukuk olmaktadır. Genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçiminin geçerliliği bakımından seçilen hukuktaki maddi hukuk düzenlemelerinin bilinmesi ise bir şart olarak aranamaz.

<sup>58</sup> SCHMITZ, Melanie, **Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht**, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, s. 119-120.

<sup>59</sup> AYGÜL / ERDOĞAN, s. 771; ERTEN, Rifat, “İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi”, **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 112; BAYCIK, Gaye, “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götüürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk” **Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, INTES, s. 113, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>, E.T. 20.02.2024. Yurt dışı hizmet akdinde yabancı hukukun seçildiği bu nedenle genel işlem koşullarına yer alan hukuk seçimine TBK hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesiyle hukuk seçimini geçerli gören görüş için bkz. ALTINTAŞ, Volkan, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi” **Sicil**, Y. 2023, S. 50, s. 201. Doktrinde bu şekilde yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçiminin geçerli olacağı ancak genel işlem koşulu olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. İSTE ARLANOĞLU, Cansu, **Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 79. Buna karşın 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, “Yurt dışı iş sözleşmelerinin çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanılmak amacıyla idare tarafından tek taraflı hazırlanması karşısında hükümlerinin genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.” tespitinde bulunulmuştur.

MÖHUK m.27’nin mehzatı olan Roma I Tüzüğü çerçevesinde de iş sözleşmelerinde genel işlem koşulları arasında yer alan hukuk seçimi klozları geçerli kabul edilmektedir. Bkz. MARTINY, “Rom I-VO Art.8 Individualarbeitsverträge”, **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, 2021, Rn. 34; TEMMING, Felipe, “Article 8”, **Concise Commentary on the Rome I Regulation**, Ed. Franco FERRARI, 2nd Ed., Cambridge University Press, 2020, s. 220.

<sup>60</sup> MARTINY, Rn. 35.

Sonuç olarak TBK çerçevesinde yapılacak yürürlük (m.21/1), yorum (m.23) ve içerik denetimi (m.25) bakımından hukuk seçimi anlaşması geçerli kabul edilmelidir. Yurt Dışı Hizmet Akdi, İŞKUR'un internet sitesinde yayınlandığı için hukuk seçiminin varlığının taraflarca açıkça öğrenildiği kabul edilmelidir<sup>61</sup>. Yapılacak yorum denetimi ile ise hukuk seçimini geçersiz kılamaz<sup>62</sup>. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurul kararında da doğru bir şekilde ifade edildiği üzere, “Ayrıca açık olmayan hükümlerin yorumlanmasında işçi lehine yorum yöntemine başvurulması mümkün olup yorum gerektirmeyecek kadar açık olan hükümlerin işçi lehine yorumlanması mümkün değildir.” Son olarak içerik denetimi bakımından sözleşmede yer verilen hukuk seçiminin dürüstlük kuralına aykırı olmadığı, zira burada çalışılan ülke hukukunun seçilmesi ile bir kanuni düzenlemenin temel amacıyla bağdaşmayan veya sözleşmenin niteliğine aykırı bir borç doğuran durum yaratılmamaktadır. Aksine çalışılan ülke hukuku çoğu zaman mutad işyeri hukuku ile aynı hukuk olacağından hiçbir hukuk seçimi bulunmasaydı dahi kural olarak uygulama alanı bulacak MÖHUK'taki düzenlemeler ile paralel bir hukuk seçilmiş olmaktadır.

## II. İŞKUR YURT DIŞI HİZMET AKDİ'NDE YER ALAN HUKUK SEÇİMİ MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

İŞKUR tarafından hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin pek çok maddesinde hukuk seçimine yer verildiği görülmektedir. Türkiye'nin çeşitli devletlerle akdettiği İkili İşgücü Anlaşmaları'na uygun olarak hazırlanan<sup>63</sup> yurt dışı hizmet

<sup>61</sup> 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı karşı oy yazısında, Yurt Dışı Hizmet Akdi m.3'te yer alan bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesince uygulanacak hukuk olarak çalışılan ülke hukukunun geçerli olarak seçilebilmesi için işçiye seçilen hukuktaki çalışma koşulları hakkında bilgi verilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

<sup>62</sup> Doktrinde genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçimi, yetki ve tahkim klozları bakımından yorum denetimi uygulamasının özelliği bir durum yaratmayacağı, yorum denetiminin patolojik tahkim klozları bakımından uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir. Bkz. DEMİRKOL, **Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi**, s. 1320.

<sup>63</sup> Doktrinde bir görüşe göre, bazı İkili İşgücü Anlaşmaları'nda iş sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler olduğu durumlarda (Örneğin; Katar ile yapılan anlaşmanın 8. maddesinde işçi ve işveren arasındaki yükümlülüklerin Katar hukukuna aykırı olmayacak şekilde belirleneceği düzenlemesi) taraflar arasındaki iş sözleşmesinde hukuk seçiminde bulunulsa dahi *lex specialis* olarak ikili iş gücü anlaşmasının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. AYGÜL / ERDOĞAN, s. 767. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda da bu görüşü destekler nitelikte bir tespitle bulunulmuştur. Kararın ilgili kısmına göre; “...Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili iş gücü anlaşmalarında anlaşmanın kapsamına giren iş sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmamış ve işçi ile işveren arasındaki ihtilafların çözümü belli bir ülke hukukuna göre çözülmesi esası benimsenmiştir.”

Ancak aksi yöndeki görüşe göre ise; İkili İşgücü Anlaşmaları'nın uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemeler getirilmediği, sadece iki devlet arasında dostluk ve iş birliğini geliştirmeye yönelik olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. ÖZEL, s. 386.

akdinin; “Sözleşmenin Süresi ve Sona Erdirilmesi” başlıklı 5. maddesinde, “Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma” başlıklı 8. maddesinde, “Hafta Tatili ve Genel Tatiller” başlıklı 9. maddesinde, “Yıllık Ücretli İzin” başlıklı 10. maddesinde ve “Anlaşmazlık Hâlinde Uygulanacak Mevzuat ve Yetkili Makamlar” başlıklı 16. maddesinde hukuk seçimi yer almaktadır. Bu maddelerde çoğunlukla çalışılan ülke hukuku seçilmiş ancak bazı hâllerde şartlı olarak Türk hukuku seçilmiştir.

## B. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. Maddesinde Düzenlenen Genel Hukuk Seçimi Klozu

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesine göre;

*“İşçi ve işveren arasındaki sözleşmenin uygulanmasında doğacak anlaşmazlıklar ile diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye'deki ikametgahının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir. Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması hâlinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.”*

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde yer verilen hukuk seçimi, bir genel hukuk seçimi maddesidir<sup>64</sup>. Bu maddenin kapsamına sözleşmeden doğan hangi uyuşmazlıkların gireceğini tespit edebilmek için, maddenin yorumlanması gerekmektedir ve bunun için de sözleşmenin yorumlanmasına uygulanacak hukuku tespit etmek gerekecektir. Bu yapılırken hukuk seçiminin etki doğurması ile hukuk seçiminin kapsamının belirlenmesi arasında bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Hukuk seçiminin etki doğurması milletlerarası özel hukuk alanı bakımından incelenmesi gereken bir problem teşkil ederken, hukuk seçiminin kapsamının belirlenmesi borçlar hukuku alanında bir inceleme gerektirmektedir<sup>65</sup>. Hukuk seçimi klozunun, bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceğine *lex fori*'nin, diğer konularda ise (örneğin hukuk seçiminin kapsamına hangi uyuşmazlıkların gireceği, hukuk seçiminin sözleşmenin tamamını mı yoksa bir kısmını mı kapsadığı konularına) seçilen hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> ERTEN, İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdi, s. 105.

<sup>65</sup> MILLS, Alex, **Party Autonomy in Private International Law**, 1st Ed., Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2018, s. 391.

<sup>66</sup> NYGH, Peter, **Autonomy in International Contracts**, 1st Ed., Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1999, s. 98.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesi doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere başarılı bir şekilde kaleme alınmamış<sup>67</sup> olup maddenin lafzından sözleşmenin geneline yönelik bir hukuk seçimi olup olmadığı net olarak anlaşılamamakla birlikte burada en azından bir zımnî hukuk seçiminin bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Zımnî hukuk seçimi, MÖHUK m.24'te düzenlenmekle birlikte iş sözleşmeleri bakımından da bu şekilde bir hukuk seçimi yapılabilmesi mümkündür<sup>68</sup>. Buna göre, hukuk seçimi hâlin bütün şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilirliği geçerli kabul edilecektir<sup>69</sup>. Sözleşmeye uygulanmak üzere zımnî bir hukukun seçilip seçilmediğinin tespitinde; sözleşmenin belirli bir devletin kurallarına göre düzenlenen bir standart sözleşme olup olmadığı, sözleşmenin dili, sözleşmede kullanılan para birimi gibi kıstaslar kullanılabilir<sup>70</sup>. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesi, hem yetkiye ilişkin düzenleme ile birlikte hem de anlaşmazlık hâlinde uygulanacak mevzuat başlığı altında sözleşmenin tamamına yönelik genel bir düzenleme getirecek bir şekilde kaleme alındığı için burada sözleşmenin tamamına yönelik bir hukuk seçiminde bulunulduğunun kabul edilmesi gerekir.

Yurt Dışı Hizmet Akdi dışında İŞKUR'un Katar, Libya ve İsrail'e çalışmak üzere götürülecek işçilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılmak üzere hazırladığı diğer tip sözleşmelerde konunun düzenleniş şeklinden bahsedilmesi varılan bu sonucu değerlendirme bakımından bir işleve sahip olacaktır. Bahsedilen bu tip sözleşmelerin bir kısmında benzer şekilde sözleşme süresi ve sona ermesi, çalışma süresi ve fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil, yıllık ücretli izin konularının düzenlendiği maddelerde hukuk seçimine yer verilmiştir. Ancak genel hukuk seçimi maddeleri, Yurt Dışı Hizmet Akdi m.16'dan farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Örneğin; Katar'da Çalışacak Türk İşçileri ile Yabancı İşveren Arasında Geçerli İş Sözleşmesi'nin<sup>71</sup> 18. maddesi "*Anlaşmazlık Durumlarında Uygulanacak*

<sup>67</sup> ERTEN, *İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdi*, s. 106.

<sup>68</sup> Doktrinde, iş sözleşmelerinde zımnî hukuk seçimini mutad işyeri hukukunun sağlayacağı asgarî korumadan daha iyi bir koruma sağlaması şartına bağlı olarak geçerli kabul eden görüş için bkz. PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 145.

<sup>69</sup> NOMER, s. 327; ÇELİKEL / ERDEM, s. 401; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 327-328.

<sup>70</sup> GÜNGÖR, s. 174. Bahsedilen bu kıstaslar MÖHUK m.27/4 çerçevesinde daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken de kullanılabilir. Ancak bir sözleşmenin bir hukuk ile daha sıkı ilişkide bulunması ile tarafların iradelerinin zımnî uyuşması kavramaları birbirinden farklıdır. Bkz. ELÇİN, *İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, s. 147-148.

<sup>71</sup> <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>, E.T. 15.07.2024.

*Mevzuat*<sup>72</sup> başlığını taşımakta olup ihtilaf durumunda Katar mevzuatının geçerli olacağını kabul etmiştir. İŞKUR Libya'ya gönderilecek işçiler bakımından işveren yabancı olup olmamasına göre iki farklı tip sözleşme yayınlamıştır. Libya'da Çalışacak Türk İşçileri ile Yabancı İşveren Arasında Geçerli Bireysel İş Sözleşmesi'nin 18. maddesi "*Anlaşmazlık Durumlarında Uygulanacak Mevzuat*<sup>73</sup>" başlığını taşımakla birlikte bu maddede herhangi bir hukuk seçimi kaydına yer verilmemiştir<sup>74</sup>. Son olarak İsrail'e götürülecek işçilerle yapılacak sözleşmelerde kullanılacak üzere hazırlanan tip sözleşme örneği verilebilir. İsrail İş Sözleşmesi'nin "*Anlaşmazlık Hâlinde Uygulanacak Mevzuat ve Yetkili Makamlar*" başlıkla 16. maddesinde<sup>75</sup> uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku seçilmiştir.

Görüleceği üzere bu ülkelere götürülecek işçilerle yapılacak sözleşmelerde ya Türk hukukunun ya da çalışılan ülke hukukunun uygulanmak üzere seçilmesi tercih edilmiştir. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde ise çalışılan ülke hukuku ve şarta bağlı olarak Türk hukukunun seçilmesi söz konusu olmuştur. Örnek verilen tip sözleşmelerin hepsinde sözleşmenin *tamamına* uygulanmak üzere bir hukuk seçiminde bulunulmuştur. Benzer şekilde yurt dışı hizmet akdi bakımından da en azından zımnen sözleşmenin tamamına uygulanmak üzere şartlı olarak çalışılan ülke hukukunun seçildiği kabul edilmelidir.

16. maddedeki hukuk seçimi maddesinin bir diğer işlevi ise, sözleşmede düzenlenen ve çalışılan ülke hukukunun uygulanacağını düzenlendiği maddelerdeki hukuk seçimi kayıtlarının, sözleşme hükmü olarak kabul edilmesi riskine karşı önlem almaktır. Zira bu şekilde sözleşme maddelerinde yer alacak hukuk seçimi

<sup>72</sup> Madde 18: "*İşveren ile işçi arasında ister bu iş sözleşmesinde isterse bu sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda "işveren" ile birlikte "işveren vekili" de sorumludur. İhtilaf durumunda Katar mevzuatı geçerlidir.*"

<sup>73</sup> Madde 18: "*İşveren ile işçi arasında ister bu iş sözleşmesinde isterse bu sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda "işveren" ile birlikte "işveren vekili" de sorumludur. İhtilaf durumunda çalışılan ülkenin idari ve adli makamları yetkilidir. Ancak, işverenin ad ve hesabına Kurumca işlem yapılması halinde Kurumun sorumluluğunun olmayacağını taraflar kabul eder.*"

<sup>74</sup> Bununla birlikte tip sözleşmenin "*İşçi ve İşverenin (İşveren Vekilinin) Beyan ve Kabulü*" başlıklı 19. maddesinde ise Libya hukukunun seçildiğine ilişkin bir kayda yer verildiği düşünülebilir. (Madde 19: "*İşçi ve işveren (işveren vekili) aralarında çalışma ve çalıştırma esas ve şartlarını düzenleyen ve bu nedenle doğan karşılıklı hak ve borçlarını belirleyen hükümlerin bu sözleşmede yer aldığını, sözleşmenin hüküm ve şartlarını okuyarak anladıklarını ve kabul ettiklerini beyan ederler. İşçi, Libya'da Libya'lı ve yabancı işçilerin haiz olduğu hak ve imtiyazlardan, yürürlükteki iş ve sosyal Mevzuat ile bütün diğer yasaların vermiş olduğu haklardan istifade eder. İşçi ile işveren arasındaki bu sözleşme Libya'da işçilere tanınan hakların tamamlayıcısı mahiyetindedir. İş bu sözleşmede işçinin lehine olarak sağlanan haklar saklıdır.*") Ancak bu düzenlemenin de teknik olarak bir hukuk seçimi kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması gerekir.

<sup>75</sup> Madde 16: "*Bu iş sözleşmesinde yer almayan hususlarla ilgili doğabilecek anlaşmazlıklarda Türk iş mevzuatı uygulanır. İşveren ile işçi arasında iş ilişkisinden doğan ihtilafların giderilmesinde, işverenin Türkiye'deki yasal yerleşim yerinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir.*"

kayıtlarının bir hukuk seçimi olarak kabul edilmeme ihtimali bulunmaktadır<sup>76</sup>. Her ne kadar hukuk seçimi ile objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk yani mutad işyeri hukuku seçilmiş olsa da, bu kayıtların hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi hâlinde objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk uygulanırken, daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde bu hukuk uygulanabilecektir.

### C. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5., 8., 9. ve 10. Maddelerinde Düzenlenen Hukuk Seçimi Klozları

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5, 8., 9. ve 10. maddelerinde düzenlenen konularda, genel hukuk seçimi yanında ayrıca hukuk seçiminde bulunulmuştur. Bu konular; sözleşmenin süresi ve sona erdirilmesi, çalışma süresi ve fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatiller ile yıllık ücretli izin konularıdır.

Yurt Dışı Hizmet Akdi m.5'te; çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>77</sup> 24 ve 25. maddelerindeki hükümler çerçevesinde, sözleşmenin bildirimsiz olarak işçi veya işveren tarafından feshedilebileceği düzenlenmiştir. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5. maddesinde, iş sözleşmesinin bildirimsiz sona erdirilmesi sebepleri konusunda şartlı bir hukuk seçimine yer verildiği görülmektedir.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin çalışma süresi ve fazla çalışma konularına ilişkin 8. maddesinde ise, çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı, çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması hâlinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Yurt Dışı Hizmet Akdi kapsamında işin yapıldığı yer hukukunda düzenleme olmaması şartına bağlı olarak Türk hukukunun uygulanacağını kabul edilmesi, işçinin korunması amacına hizmet etmektedir. Zira yabancı bir hukukta bir konuda düzenleme olmaması bilinçli bir tercih de olabilir. Bu bakımdan, Yurt Dışı Hizmet Akdi kapsamında şarta bağlı olarak seçilen Türk hukukunun uygulanabilmesi için o konuya ilişkin işin yapıldığı yer hukukunda mutlaka bir kanun boşluğu bulunması gerekmekte, bilinçli olarak işçiye tanınması istenmeyen haklar söz konusu olduğunda da şarta bağlı olarak seçilen Türk hukukunun uygulanabilmesi kabul edilmelidir<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Nitekim doktrinde Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5., 8., 9. ve 10. maddelerinde yer alan hukuk seçimini m.16'daki genel tekrara rağmen bir hukuk seçimi olarak değil, sözleşme hükmü olarak kabul eden bir görüş bulunmaktadır. Bkz. ÖZEL, s. 395.

<sup>77</sup> RG. 10.06.2003, S. 25134.

<sup>78</sup> Söz konusu maddede, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5. maddesinden farklı olarak çalışılan ülkede bir çalışma mevzuatı bulunması şartı aranmamıştır. O hâlde çalışılan ülkede iş hukukuna özgü bir mevzuat bulunmasa bile çalışılan ülkedeki borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Ancak böyle bir düzenleme de bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanabilecektir.

<sup>79</sup> AYGÜL / ERDOĞAN, s. 770.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 9. ve 10. maddelerinde ise, hafta tatili ve genel tatiller ile yıllık ücretli izin hakları bakımından çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına yer verilmiştir. Söz konusu maddelerde, çalışılan ülkede iş hukuku mevzuatı bulunmaması hâlinde şartlı olarak Türk hukukunun uygulanması ise kabul edilmemiştir. Ancak bu düzenleme 16. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde çalışılan ülke hukukunda bir düzenleme bulunmasa dahi bu konuda da şartlı olarak Türk hukuku uygulanabilecektir<sup>80</sup>.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 10. maddesinde, yıllık ücretli izne çalışılan ülke hukuku doğrultusunda hak kazanılacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Benzer şekilde bu maddenin de Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 5. ve 8. maddelerindeki şartlı hukuk seçiminden farklı bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin 16. maddesinde çalışılan ülke mevzuatında konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı kabul edildiğinden, çalışılan ülke mevzuatında yıllık izin konusunda bir kanun boşluğu olması hâlinde 16. madde gereği bu konularda Türk hukuku uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılabilir.

Bahsedilen bu maddelerde yer alan hukuk seçimi klozlarına esasında hiç yer verilmeseydi dahi 16. maddede düzenlenen genel hukuk seçimi kapsamında çalışılan ülke hukuku, bu hukukta düzenleme bulunmaması hâlinde ise şartlı olarak Türk hukuku uygulama alanı bulabilecekti. İŞKUR tarafından hazırlanan bu tip sözleşmede böyle bir yöntem tercih edilmesi, bazı önem atfedilen konular bakımından hukuk seçiminin tekrarlanmasından ibaret olmaktadır. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında bu maddelere ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

#### **D. Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde Seçilen Çalışılan Ülke Hukukunun Uygulanmasına Türk Kamu Düzeni Müdahalesi**

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde genel prensipler arasında MÖHUK m.5'te düzenlenen kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir hâldir. Bununla birlikte iç hukukta bazı kuralların kamu düzeninden kabul edilmesi ve bu doğrultuda emredici niteliğe sahip olması<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Doktrinde Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin ilgili maddelerinde çalışılan ülke hukukunun seçilmesinin pratik bir önemi olmayacağı, zaten 16. madde çerçevesinde bu hukukun uygulama alanı bulacağı yönündeki görüş için bkz. AYĞÜL / ERDOĞAN, s. 760.

<sup>81</sup> Nitekim 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında, "Bu nedenle Türk iş mevzuatında yer alan kuralların emredici niteliği kamu düzeni müdahalesini her zaman gerektirmemekte olup hâkim yabancı hukukun uygulanması gerektiğini tespit ettiği takdirde yabancı hukukun ilgili hükümlerinin doğuracağı sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını incelemelidir." tespitinde bulunulmuştur.

ile milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeni kavramı birbirinden farklıdır. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesinin kapsamı iç hukuktaki kamu düzeni kavramına nazaran daha dar-dır.<sup>82</sup>.

Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni kavramının herhangi bir tanımına kanunda yer verilmemiştir. Zaten zaman içerisinde kapsamı değişebileceği için bu kavramın tanımlanması da oldukça güçtür. 2012 senesinde verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında<sup>83</sup> ifade edildiği üzere; kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için yabancı hukukun uygulanmasının, “... *Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine...*” aykırı bir sonucu meydana getirmesi gerekir. Bu karardan yola çıkılarak doktrinde kamu düzeni müdahalesinin kapsamı i) Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık; ii) Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılık ve iii) Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık hâlleri olarak gruplandırılmaktadır<sup>84</sup>.

Kamu düzeni müdahalesi istisnaidir ve yabancı hukukun uygulanmasına doğrudan engel olmaz. İlk olarak MÖHUK’taki kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanması ve ortaya çıkan neticenin değerlendirilmesi gerekir. Yine MÖHUK m.5’in lafzına göre kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerekir. Bu çerçevede yabancı hukukun Türk huku-kundan farklı olması tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir sonuç yaratmayacaktır<sup>85</sup>. Yine kamu düzeni müdahalesi uyuşmazlığın Türkiye ile sahip olduğu yakın irtibat ölçüsünde artacaktır<sup>86</sup>.

MÖHUK m.5 çerçevesince yapılacak kamu düzeni müdahalesinde, uygulanacak yabancı hukukun taraflarca seçilmiş olması veya objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk olması bir farklılık yaratmayacaktır. O hâlde MÖHUK m.27 çerçevesince tarafların seçtiği hukukun ya da objektif bağlama kuralının

<sup>82</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 141; TEKİNALP, s. 45.

<sup>83</sup> Yar. İBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012 (RG. 20.09.2012, S. 28417).

<sup>84</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 153-154.

<sup>85</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 149; AYBAY / DARDAĞAN, s. 126.

<sup>86</sup> GÜNGÖR, s. 104.



yabancı bir hukuku göstermesi hâlinde, bu hukukun uygulanması neticesinde ortaya çıkacak sonuç Türk kamu düzenine açıkça aykırı olur ise bu yabancı hukuk uygulanmayacaktır.

Kamu düzeni müdahalesi yapılırken o uyumsuzluğun Türkiye ile bağlantısı da önem arz etmektedir. Türkiye ile daha yakın irtibatlar taşıyan bir uyumsuzlukta yapılacak kamu düzeni müdahalesi daha geniş olabileceksen bu müdahale uyumsuzluğun Türkiye ile bağlantısı zayıfladıkça azalacaktır<sup>87</sup>. İŞKUR vasıtasıyla yurt dışına Türk şirketler tarafından götürülen işçilerin açtığı davalar bakımından Türkiye ile olan bağlantının daha yoğun olduğu söylenebilecektir. Zira işçiler İŞKUR vasıtasıyla götürülmekte, mutad meskenleri Türkiye’de olan ve yurt dışına çalışmaya götürülen işçilerin örneğin yurt dışı hizmet akdinde yıllık ücretli iznini Türkiye’de geçirirse gidiş-dönüş yol parasının işverence karşılanacağı (m.10/1) gibi hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, bu şekilde yurt dışına çalışmak üzere götürülen işçilerle yapılan iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların Türkiye ile yakın bir bağa sahip olduğu söylenebilecektir. Sonuç olarak seçilen yabancı hukukta yer alan her farklılık kamu düzeni müdahalesini gerektirmemekle birlikte Türkiye ile bu kadar yakın bir irtibatla bulunan uyumsuzluklarda kamu düzeni müdahalesinin çerçevesi daha geniş tutulabilecektir.

Diğer yandan, Türk kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki fark da ortaya konmalıdır. Bir uyumsuzluğun, Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural kapsamına giren bir konuda olması hâlinde kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmeksizin doğrudan Türk hukuku uygulanacaktır. Oysa Türk kamu düzeni müdahalesi ancak uyumsuzluğa yabancı bir hukukun uygulanması durumunda söz konusu olmaktadır. İş hukuku alanında; sosyal güvenliğe, iş güvenliğine, iş güvencesine ilişkin emredici hükümlerin birçoğu zayıf konumda bulunan işçiyi korumak amacıyla kabul edilmiştir<sup>88</sup>. İş hukuku alanında pek çok kural emredici niteliktedir ve zayıf konumda olan işçiyi, işverene karşı koruma amacını taşır<sup>89</sup>. Ancak iş hukukunun bu özel karakteri yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklarda mutlaka Türk hukukunun uygulanması gerektiği

<sup>87</sup> GÜNGÖR, s. 104.

<sup>88</sup> ÇELİKEL / ERDEM, s. 141.

<sup>89</sup> İş hukukundaki nisbî emredici normlar çerçevesinde sosyal kamu düzeni müdahalesi hakkında detaylı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SOYSAL TETİKOL, Çiğdem, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Uyumsuzluklarında Kamu Düzeni”, *Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklar*, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 229.

anlamına gelmez. Bu kuralların tamamının doğrudan uygulanan kural<sup>90</sup> niteliğinde olduğunun kabul edilmesi de mümkün değildir<sup>91</sup>. 2023 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da bu durum şöyle ifade edilmiştir:

“... zayıf taraf olan işçinin korunmasının nihai amacının ülkedeki iş hayatını ve dolayısıyla toplum barışını korumak olduğu, bu nedenle de her ne kadar işçi özelinde işçinin çıkarını gözetme sonucuna ulaşılsa da bu tür kuralların sadece bireyin çıkarlarına hizmet etmemesi, aynı zamanda devletin sosyal, ekonomik ve politik çıkarlarına da hizmet etmesi nedeni ile doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir. Ancak işçiyi koruyan her kuralın doğrudan uygulanacak kural olmadığı, her kuralın getirilme amacı doğrultusunda ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği unutulmamalıdır.”

### III. İŞKUR YURT DIŞI HİZMET AKDİNDEN DOĞAN ALACAKLARDA ZAMANAŞIMI

#### A. Zamanaşımına Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda zamanaşımı, bir hakkın belirli bir süre içerisinde ileri sürülmemesi hâlinde artık bu hakkın talep edilememesi sonucunu doğuran ancak hukuken borç ilişkisini sona erdirmeyen bir defî hakkı olarak düzenlenmiştir<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları hakkında detaylı bilgi için bkz. VURAL ÇELENK, Belkıs, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde for Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması” **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 2017, C. 2, S. 3 2017, s. 279 vd. Ayrıca Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar hakkında genel bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.

<sup>91</sup> Bu noktada kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. MÖHUK m.6'da düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamında olan kuralların, uygulanması gereken yetkili hukukun tespiti yapılmaksızın doğrudan uygulanacağı düzenlenmiştir. Hangi düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olduğu ise o düzenlemenin devletin sosyal, ekonomik, siyasi yapısının korunmasına yönelik olup olmadığına göre tespit edilecektir. (Bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 156.) İş hukuku alanındaki düzenlemelerin emredici niteliğe sahip olması bu düzenlemelerin tamamını milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar kapsamına sokmaz.

Ayrıca doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni müdahalesi arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen bir düzenleme kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, MÖHUK'taki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması suretiyle yabancı hukuk tespit edilmeyecektir. Buna karşılık kamu düzeni müdahalesinde ise öncelikle yetkili yabancı hukukun ilgili kanunlar ihtilafı kuralıyla tespit edilmesi gerekmekte ve bu hukukun uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 160-161.

<sup>92</sup> EREN, Fikren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1418-1419.

MÖHUK'un 8. maddesinde zamanaşımının, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin esasına uygulanan hukuka (*lex causae*) tabi olduğu düzenlenmiştir<sup>93</sup>. O hâlde zamanaşımının maddi hukuka ait bir mesele olarak kabul edilmesi nedeniyle<sup>94</sup> zamanaşımına uygulanacak hukuk, iş sözleşmesine uygulanacak hukuk kapsamına girmektedir. Zamanaşımın başlangıcı, kesilmesi ve durması gibi konular zamanaşımına uygulanacak hukuk kapsamına girmektedir<sup>95</sup>. Ayrıca hak düşürücü süreye uygulanacak hukuk da MÖHUK m.8 çerçevesince tespit edilecektir<sup>96</sup>. Yurt dışı hizmet akdi kapsamında doğan bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması hâlinde, bu hukuka MÖHUK m.5 çerçevesince kamu düzeni müdahalesi yapılması söz konusu olabilir.

## B. Zamanaşımına Uygulanacak Yabancı Hukuka Türk Kamu Düzeni Müdahalesi

MÖHUK m.5 çerçevesince yapılacak kamu düzeni müdahalesinde, uygulanacak yabancı hukukun taraflarca seçilmiş olması veya objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk olması bir farklılık yaratmamaktadır. Yabancı hukukun uygulanması neticesinde ortaya çıkacak sonucun Türk kamu düzenine tahammül edilemez bir şekilde aykırı olduğu durumlarda, bu yabancı hukuk yerine Türk hukuku uygulanabilir. Zamanaşımı kategorik olarak kamu düzeninden görülemez<sup>97</sup>.

Yabancı hukukta kabul edilen zamanaşımı süresinin, Türk hukukunda kabul edilen zamanaşımı süresinden farklı olması tek başına Türk kamu düzenine bir aykırılık olarak yorumlanamaz<sup>98</sup>. Kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için yabancı hukukun somut olaya uygulanması ve ortaya çıkan sonucun Türk hukukunun temel ilkelerine, anayasa ile korunan temel insan haklarına, Türk toplum düzenine, Türk örf ve âdetine açıkça aykırı olması gerekir. Bu takdirde yabancı hukuk

<sup>93</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GİRAY, Faruk Kerem, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 79; ELÇİN, Doğa, "Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı", **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 193-195.

<sup>94</sup> Yar. 13. HD, E. 1993/2112 K. 1993/5075, 15.06.1993, www.lexpera.com.tr, E.T. 20.02.2024.

<sup>95</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 121.

<sup>96</sup> GİRAY, s. 83.

<sup>97</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 161.

<sup>98</sup> Yargıtay da bir kararında, zamanaşımının kendisinin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olmadığını, yabancı hukukta zamanaşımı süresinin Türk Hukukundan farklı düzenlenmiş olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Yar. 11. HD, E. 1998/383 K. 1998/3945, 28.05.1998, www.lexpera.com.tr, E.T. 20.02.2024.

yerine Türk hukuku uygulanır. Yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilen zamanaşımı sürelerindeki farklılıkların Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediği değerlendirilirken zayıf konumda olan ve işveren karşısında korunması gereken işçinin menfaati de gözetilmelidir. Doktrinde iş sözleşmeleri bakımından ileri sürülen bir görüşe göre, Türk hukukundan daha uzun bir zamanaşımı süresi kabul eden yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesinin gerekmeyeceği ancak Türk hukukunda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinden çok daha kısa bir zamanaşımı süresi öngören (örneğin 1 yıl) yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesinin gündeme geleceği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

Bir başka görüşe göre, kamu düzeni müdahalesi yapılırken yabancı hukukta kabul edilen zamanaşımı süresinin, Türk hukukunda o konudaki kanun düzenlemesi yapılırken izlenen temel siyasaya göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin; Türk hukukunda beş yıl olarak kabul edilen bir zamanaşımı süresi yabancı hukukta bir yıl olarak düzenlenmişse, Türk kanun koyucusunun beş yıllık zamanaşımı süresi kabul etmesinin altında yatan siyasaya aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır, bu nedenle MÖHUK m.5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesinin yapılması gerekecektir<sup>100</sup>. Bu görüşe göre, yurt dışı hizmet akdiyle yurt dışına götürülen işçilerin açacakları davalarda çalışılan ülke hukukunda 1 yıl olarak kabul edilen zamanaşımı süresinin uygulanmasının MÖHUK m.5'e göre Türk kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durum olacağı ayrıca belirtilmektedir<sup>101</sup>.

Doktrinde son olarak ileri sürülen bir görüşe göre, iş sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmış olması hâlinde, seçilen hukuktaki zamanaşımı süresinin, işçinin asgarî koruma sağlayan mutad işyeri hukukundan daha elverişsiz olması durumunda, kamu düzeni müdahalesiyle değil, asgarî koruma ilkesi çerçevesince bu hukukun uygulanmasının önüne geçileceği ileri sürülmektedir<sup>102</sup>. Bununla birlikte, Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde olduğu gibi seçilen hukuk ile asgarî koruma hukuku aynı devletin hukuku ise işçiler asgarî korumadan yararlanamayacak olup Türk kamu düzeni müdahalesinin yapılması gerekebilecektir.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden doğacak işçilik alacaklarında zamanaşımı konusu, özellikle fazla çalışmalar ve kıdem tazminatı bakımından incelenmelidir. Fazla çalışmalar için yapılacak ödemeler ve kıdem tazminatı, çalışılan ülke hukukunda ancak bu hukukta zamanaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması hâlinde Türk

<sup>99</sup> GİRAY, s. 123.

<sup>100</sup> ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 204.

<sup>101</sup> ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 462.

<sup>102</sup> ELÇİN, *Zamanaşımı*, s. 199.

hukukundaki zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ancak çalışılan ülkede düzenleme bulunması hâlinde, ödemenin yabancı ülke hukukundaki düzenlemelere göre ve bu hukuktaki zamanaşımı sürelerine bağlı olarak yapılması gerekir. Çalışılan ülkede Türk hukukunda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinden çok daha kısa bir zamanaşımı süresi (örneğin 1 yıl) öngörülmüş olması da olasıdır. İşte böyle bir durumda yabancı hukukta kabul edilen zamanaşımı süresinin uygulanmasında Türk kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir.

İŞKUR tarafından hazırlanan ve onaylanan Yurt Dışı Hizmet Akdi ile yurt dışına götürülen işçiler, çalışmak üzere götürüldükleri yabancı ülkelerde şehir merkezinden uzak lojmanlarda konaklatılabilmekte<sup>103</sup>, işçilerin götürüldükleri ülkeye girişleri için gerekli prosedürler işverence yapılmaktadır. İşçilerin iş sözleşmesi sona erdikten sonra Türkiye'ye geri dönmeleri de belirli bir zaman alabilmekte olup Türk mahkemelerinde açacakları davalarda 1 yıl gibi çok kısa bir zamanaşımı süresinin kabul edilmesi, işçilerin fiilen bu alacaklarını elde edememesi sonucunu doğurabilecek nitelikte olabilir. İlaveten fazla çalışmadan kaynaklı alacaklar için zamanaşımı süresi, her bir alacağın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı için 1 yıl gibi kısa bir zamanaşımı süresi uygulanması yurt dışında çalışan bir işçinin bu alacağını fiilen dava edememesi sonucuna yol açabilir. Böyle bir durumda da Türk kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olması gerekecektir. Bu nedenlerle; işçilerin tekrar Türkiye'ye dönmelerinin ve yaşadıkları ülkeyi değiştirmelerinin bir süre alacak olması ve Türk işçilerin mutad işyerleri olan götürüldükleri ülkelerde de o ülkelerin dilini bilmemeleri gibi sebeplerle dava açma haklarını kullanma konusunda yeterli imkânlarla sahip olmayacakları düşünüldüğünde, Türk hukukunda kabul edilen zamanaşımı süresine nazaran çok kısa bir süre olan 1 yıllık zamanaşımı süresi kabul eden yabancı bir hukukun uygulanması, Türk kamu düzenini açıkça ihlal eden bir sonucun doğmasına neden olacaktır.

## SONUÇ

2023 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile Türk işçilerin tarafı olduğu uyuşmazlıklardaki yabancılik unsuru gözetilmeksizin doğrudan Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki hatalı içtihadından dönen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, bu yeni içtihadı ile aynı yönde bir sonuca varılmıştır. Bu şekilde götürülen işçilerin akdettiği sözleşmelere uygulanacak hukukun MÖHUK çerçevesince tespiti kabul edilmiştir.

<sup>103</sup> Yurt Dışı Hizmet Akdi m.14'e göre uygun lojman ve yatacak yerin işveren tarafından sağlanacağı belirtildikten sonra bu lojmanın şantiyeden uzak olması hâlinde ise işyerine ulaşımın da işverence ücretsiz olarak gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

İŞKUR tarafından hazırlanan ve yurt dışına götürülecek işçilerle yapılacak sözleşmelerde matbu olarak kullanılan Yurt Dışı Hizmet Akdi'nden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, sözleşmenin 16. maddesindeki genel hukuk seçimi ve 5., 8., 9., 10. maddelerinde yer verilen hukuk seçimi kayıtları çerçevesince çalışılan ülke hukuku, çalışılan ülke hukukunda o konuda bir düzenleme bulunmaması hâlinde şartlı olarak seçilen Türk hukuku olacaktır.

İŞKUR tarafından hazırlanan standart sözleşme kullanılarak yapılan iş sözleşmelerinde yer alan bu hukuk seçimi birer genel işlem koşulu olma özelliğini haizdir. Genel işlem koşulları arasında hukuk seçimine yer verilmesi, 5718 sayılı MÖHUK m.27/1 çerçevesince geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmelidir. Ayrıca bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulları arasında düzenlenmesi hâlinde borçlar hukuku bakımından yapılacak genel işlem koşulu denetiminin hukuk seçimi bakımından da yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda yapılan yürürlük, yorum ve içerik denetimi değerlendirmeleri neticesinde Yurt Dışı Hizmet Akdi'nde yer alan hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

İş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabilmesinin sınırını, MÖHUK m.27/1 uyarınca seçilen hukukun işçinin mutad işyeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olmaması şartı oluşturmaktadır. Yurt dışı hizmet akitleri bakımından çalışılan ülke hukuku ile mutad işyeri hukuku çoğu zaman aynı yer hukuku olduğundan, işçilere seçilen hukuk bakımından asgarî koruma sağlanmamış olmaktadır. Bu doğrultuda MÖHUK m.27'nin mehzaz Roma I Tüzüğü'ne paralel şekilde revize edilerek asgarî koruma sınırının objektif bağlama kurallarının göstereceği hukuk olarak genişletilmesi ve böylelikle daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının (m.27/4) da asgarî koruma kapsamında olması sağlanmalıdır.

Yurt Dışı Hizmet Akdi'nin "*Anlaşmazlık Hâlinde Uygulanacak Mevzuat ve Yetkili Makamlar*" kenar başlıklı 16. maddesinin kaleme alınmış şekli başarılı olmayıp yanlış anlaşılabilir niteliktedir. Ayrıca İŞKUR'un bazı ülkelere (örneğin, Katar ve Libya) götürülecek işçilerle yapılacak iş sözleşmelerinde kullanılmak üzere hazırladığı standart sözleşmelere bakıldığında bu standart sözleşmelerde de sözleşmenin tamamına yönelik hukuk seçimi klozlarına yer verildiği görülmektedir. Bu nedenlerle 16. maddedeki düzenlemenin en azından zımnen sözleşmenin tamamına yönelik bir genel hukuk seçimi olduğu kabul edilmelidir.

Yurt dışı hizmet akdi kapsamında doğacak işçilik alacaklarına uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması ihtimalinde, bu hukukun taraflarca seçilen hukuk olması fark etmeksizin MÖHUK m.5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte iş hukukundaki düzenlemeler her ne kadar zayıf konumda bulunan işçiyi koruma amacı taşısaya da yabancı hukukta

bir konunun farklı şekilde düzenlenmiş olması, kategorik olarak kamu düzeni müdahalesinde bulunulmasını gerektirmemektedir.

Yurt dışı hizmet akdinden doğan işçilik alacaklarının tabi olacağı zamanaşımı süresi MÖHUK m.8 çerçevesinde esasa uygulanan hukuk olan iş sözleşmesi statüsü olacaktır. Ancak zamanaşımı süresinin çok kısa bir süre olarak kabul edildiği bir yabancı hukukun uygulanmasına, MÖHUK m.5 kapsamında kamu düzeni müdahalesi yapılmak suretiyle engel olunabilir. Özellikle Yurt Dışı Hizmet Akdi ile genellikle zamanaşımı süresi bakımından daha az korunan bir ülkeye götürülen işçilerin, bu ülkelerden Türkiye'ye geri dönmeleri ve dava açmaları için arada geçecek süre de dikkate alındığında, MÖHUK m.5 çerçevesince kamu düzeni müdahalesinde bulunulması gerekebilecektir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ALTINTAŞ, Volkan, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi” **Sicil**, Y. 2023, S. 50.

AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

AYDIN, Fazıl (Ed.), **Uluslararası İşgücü Anlaşmaları**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 07, Ankara, 2014.

AYGÜL, Musa / ERDOĞAN, Canan, “Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği” **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 2022, C. 7, S. 2.

BAYATA CANYAŞ, Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

BAYCIK, Gaye, “Çalıştırılmak Üzere Yut Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk” **Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları**, INTES, E.T. 20.02.2024, <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/intes-cak-ic.pdf>.

ÇELİKEL, Aysel / NOMER, Ergin / GİRAY, Faruk Kerem / ESEN, Emre, **Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.

ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SOYSAL TETİKOL, Çiğdem, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Uyuşmazlıklarında Kamu Düzeni”, **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.

DEMİRKOL, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması” **PPIL**, Y. 2020, C. 40, S. 2.



- DEMİRKOL, Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, Vahit, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 11, S. 1.
- DOĞAN, Vahit, “Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- DOĞAN, Vahit, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- ELÇİN, Doğa, “Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı”, **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- ELÇİN, Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- EREN, Fikren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERTEN, Rifat, “İŞKUR Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akdinin Değerlendirilmesi”, **Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen İşçilerin Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar**, Ed. Vahit DOĞAN, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- ERTEN, Rifat, “Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri”, **Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan**, Ed. Mehmet ÖZDAMAR et al., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- GİRAY, Faruk Kerem, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- GÜNGÖR, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- İSTE ARLANOĞLU, Cansu, **Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021.
- MARTINY, “Rom I-VO Art.8 Individualarbeitsvertäge”, **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, 2021.
- MILLS, Alex, **Party Autonomy in Private International Law**, 1st Ed., Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2018.

- NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- NYGH, Peter, **Autonomy in International Contracts**, 1st Ed., Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1999.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- ÖZEL, Sibel, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerine Uygulanacak Hukuk” **PPIL**, Y. 2023, C. 43, S. 1.
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- ÖZGENÇ, Zeynep, “Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği”, **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ed. Zeynep Der-ya TARMAN, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.
- PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, **İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İpek, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3’ün Uygulanması Sorunu” **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 8, S. 2.
- SCHMITZ, Melanie, **Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht**, 1. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- ŞANLI, Cemal, **Hukuki Mütalaalarım**, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TEMMING, Felipe, “Article 8”, **Concise Commentary on the Rome I Regulation**, Ed. Franco FERRARI, 2nd Ed., Cambridge University Press, 2020.
- ULUOCAK, Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- VURAL ÇELENK, Belkıs, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması” **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y. 2017, C. 2, S. 3 2017.

# Yabancılık Unsuru Bulunan Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuk<sup>(\*)</sup>

## The Applicable Law to the Agreements on Sharing-out of the Estate with Foreign Element

Ahmet DÜLGER<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Mirasçılar, miras payı ve tereke malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler ve bunları diğer mirasçılara veya üçüncü kişilere devredebilirler. Türk Medeni Kanunu'nun mirasın paylaşılması başlıklı bölümünde paylaşma sözleşmesi ve miras payı üzerinde sözleşme düzenlenmiştir. Bu sözleşme türleri, mirasın paylaşılmasına dair sözleşme kavramı altında incelenebilir. Yabancılık unsuru bulunan bu sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukun tespiti, Türk mahkemelerindeki bu konudaki davalarda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un miras ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenleyen 20. maddesine göre yapılır. Mirasın esasına uygulanacak hukuk (*lex successionis*) olarak ölenin millî hukukunun belirlendiği bu maddede Türkiye'de bulunan taşınmazlar açısından istisna getirilerek bu malvarlığına Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Mirasın taksimine ilişkin hükümler ise terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde mirasa dair hükümler bulunmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği Miras Tüzüğü haricinde mirasın taksimi hakkında açık düzenleme içeren milletlerarası sözleşme bulunmamaktadır. Türk hukukuna etkisi bakımından da önem arz eden AB Tüzüğü'nde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları mirasın paylaşılmasını da kapsamaktadır. Tüzük, mirasa uygulanacak hukukun muris tarafından seçilebileceğini, böyle bir seçim yapılmamışsa, ölenin ölüm anındaki mutad mesken hukukunun mirasa uygulanacağını düzenlemiştir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşme de AB Tüzüğü'nün kapsamında olup bu kurallara tabidir. Yabancı hukukun uygulanmasına engel bir durum olarak kamu düzeni müdahalesi hem MÖHUK hem de AB Tüzüğü'nde kabul edilmiştir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun mahkemenin kamu düzenine aykırı sonuçları somut olarak söz konusu ise yabancı hukuk uygulanmayacaktır.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.03.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 03.08.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545343>

Bu makaleye atf için: DÜLGER, Ahmet, "Yabancılık Unsuru Bulunan Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuk", **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 631-670

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: ahmet.dulger@medeniyet.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2527-2099>

**Anahtar Kelimeler:**

Miras Hukuku, Mirasın Paylaşılması, Lex Successionis, Avrupa Birliği Miras Tüzüğü, Kamu Düzeni.

**Abstract:**

The heirs may dispose of the inheritance share and the inheritance property and transfer them to other heirs or third parties. The Turkish Civil Code regulates the sharing agreement and the agreement on inheritance share. The issue of the law applicable to these agreements under the name of agreements on the sharing-out of the estate with a foreign element should be evaluated. In this case, the foreign law determined by Article 20 of the Law on Private International Law and Procedural Law shall be applied. The national law of the deceased is determined as the law applicable to the substance of the inheritance, *lex successionis*, while Turkish law is applied to immovable property located in Türkiye. The provisions regarding the sharing-out of estate are governed by the law of the country where the estate is located. There are provisions on inheritance in international conventions such as the European Union Inheritance Regulation, which provide that the law applicable to the inheritance may be chosen by the testator, and if no such choice is made, the law of the habitual residence of the deceased at the time of death shall apply to the inheritance. The agreement on the sharing-out of the estate also falls within the scope of the Regulation. The intervention of public order as an obstacle to the application of foreign law is important in the context of both legislations. The foreign law will not be applied if the law applicable to these agreements has concrete consequences contrary to the public order.

**Keywords:**

Inheritance, The Sharing-Out of the Estate, Lex Successionis, European Union, Public Order.

**GİRİŞ**

Türk hukukunda mirasçılar, tereke malları ve miras payı üzerinde tasarrufta bulunabilir, bunları diğer mirasçılara veya üçüncü kişilere devredebilirler. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)<sup>1</sup> “Mirasın Paylaşılması” başlıklı üçüncü bölümünün “Paylaşmanın Tamamlanması ve Sonucu” başlıklı dördüncü ayırımında mirasçılarının paylaşma sözleşmesi ve miras payı üzerinde sözleşme ile kendilerine miras kalan tereke üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri düzenlenmiştir. TMK'nın 676 ve devamındaki maddeleri uyarınca, mirasçılarının miras üzerindeki tasarruflarının tabi olduğu geçerlilik şartları ve sonuçları sözleşmelerin mirasçılar arasında veya üçüncü kişiler ile yapılmasına, mirasın açılmasından önce veya sonra yapılmasına göre farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Mirasın paylaşılmasının tamamlanmasını sağlayan bu sözleşmelerin ehliyet, şekil ve esasa dair geçerliliklerinin belirlenmesinde bu maddeler yanında TMK'nın ve Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>2</sup> ilgili maddelerinin de uygulanması mümkündür.

<sup>1</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001, S. 24607.

<sup>2</sup> Türk Borçlar kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011, S. 27836.

Türk mahkemeleri önüne gelen miras hukukuna dair olan ve yabancılık unsuru bulunan meselelerde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir. Bu davalarda hâkim, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)<sup>3</sup> 1. maddesi uyarınca, doğrudan Türk hukukunu uygulayamaz. MÖHUK'un 2. maddesine göre hâkimin Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre tespit ettiği yabancı hukuku re'sen uygulaması zorunludur. Miras hukuku meselelerinden mirasın paylaşılmasına dair yapılan sözleşmelerde de, diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, yabancılık unsuru bulunabilir. Bu sözleşmelerin Türkiye'de dava konusu edilmesi halinde MÖHUK hükümleri sözleşmeye uygulanacak hukuku gösterir. MÖHUK'un sözleşmenin taraflarının ehliyeti, sözleşmenin şekli ve esasına dair uygulanacak hukuku gösteren hükümleri uyarınca tespit edilen hukuk çerçevesinde ilgili davada uyuşmazlık çözülür.

Çalışmamızda cevabını aradığımız temel soru, Türk kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde yabancılık unsuru bulunan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğudur. Türk milletlerarası özel hukukunun gerektirdiği üzere, milletlerarası sözleşmelerde bulunan kanunlar ihtilafı kuralları da bu sorunun cevabını belirlemede etkilidir. Bu sorunun cevabını ararken Türk mahkemelerinin başvuracağı MÖHUK düzenlemeleri asıl kaynağımızdır. MÖHUK ve Anayasa gereğince geçerli olan milletlerarası sözleşmeler de incelenmiş olup mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler hakkında kanunlar ihtilafı kuralı getiren Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Türk mevzuatını ve uygulamasını etkileyen Avrupa Birliği (AB) mevzuatı da değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu bakımdan, Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişki Resmî Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (AB Miras Tüzüğü/Tüzük)<sup>4</sup> de bu sorular çerçevesinde incelenmiştir.

Türk hukukunda miras paylaşma sözleşmesi ile miras payı üzerinde sözleşme olarak iki farklı kavram mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeleri ifade

<sup>3</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007, S. 26728.

<sup>4</sup> Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012, on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession [2012] OJ L.201/107.

4 Temmuz 2012 tarihli bu Tüzüğün yürürlük tarihi birkaç madde haricinde 17 Ağustos 2015'tir.

eder. Bu iki sözleşmenin farklı özellikleri ve işlevi bulunmaktadır. Ancak kanunlar ihtilafı kuralları bakımından bu farklılıklar bir hususiyet barındırmamaktadır. Zira mirasa uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralı böyle bir farklılığı öngörmemiş, mirasın paylaşılmasıyla ilgili yalnızca bir kural getirerek bu farklı sözleşmelere aynı düzenlemeyi uygulamıştır. Bu nedenle mirasın paylaşılmasına dair sözleşme kavramı bu iki sözleşme türünü kapsar şekilde çalışmamızda kullanılmış ve incelenmiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan sözleşme bir miras hukuku meselesi olduğundan MÖHUK kapsamında, yabancılık unsuru bulunan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk MÖHUK m.20’de yer alan kurallarla tespit edilecektir. Bu durum genel özellikleriyle açıklandıktan sonra asıl mesele olan m.20’nin hangi fıkrasının bu sözleşmelere uygulanacağı incelenecektir. Özetle, MÖHUK m.20’nin birinci fıkrası mı yoksa ikinci fıkrasının mı mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelere uygulanması gerektiği değerlendirilecektir.

Uygulanacak hukuk meselesi genel başlığı altında yer alan ehliyet, şekil ve esasa uygulanacak hukuk konularından ehliyet<sup>5</sup> ve şekil<sup>6</sup> mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler bakımından bir özellik arz etmediğinden çalışmamızda yalnızca konunun esasa ilişkin uygulanacak hukuk bahsi incelenecektir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin yapılması ve icrası neticesinde ortaya çıkabilecek vergi hukuku, idare hukuku ve sözleşmeye konu malların ülkeler arasında taşınması halinde ortaya çıkan gümrük mevzuatına dair konular çalışmamızın kapsamını aştığından incelenmemiştir.

MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının akabinde, Türkiye’nin taraf olduğu ve miras hukukuyla ilgili konuları kapsayan uluslararası sözleşmelerde mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler hakkında herhangi bir düzenleme yer almadığından, bölgesel düzenleme olarak yalnızca AB Miras Tüzüğü değerlendirilecektir. Hem MÖHUK hem de AB Miras Tüzüğü bakımından yabancı hukukun uygulanmasına engel hallerin neler olduğu, kamu düzeni müdahalesinin hangi şartlarda söz konusu olabileceği ve kamu düzenine aykırılığın sonuçlarının neler olduğu incelenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgileri nispetin-

<sup>5</sup> Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerde tarafların ehliyeti tamamen genel hükümlere tabi olduğundan gerek MÖHUK gerekse Türk hukuku bakımından TMK’daki genel kurallar geçerlidir. Aynı yönde bkz ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.640-682) Cilt-III**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 520.

<sup>6</sup> Hukuki işlemlerde şekle ilişkin MÖHUK m.7 düzenlemesi mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler bakımından da geçerli olup bu sözleşme özelinde bir farklılık barındırmamaktadır.

de mahkeme kararları çalışmamızda incelenerek konunun değerlendirilmesinde kullanılmıştır. Ancak, vasiyetnamenin geçerliliğine uygulanacak hukuk, ölüme bağlı tasarrufların iptal edilmesi gibi konularda birçok Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararı bulunmasına rağmen genelde mirasın paylaşılması, özelde ise mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler hakkında oldukça sınırlı içtihat bulunmakta olup konumuza katkıları çerçevesinde bu içtihatlar da incelenmiştir.

## I. MİRASIN PAYLAŞILMASINA DAİR SÖZLEŞME KAVRAMI

### A. Türk Hukukunda Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Bilgi

Miras hukuku, gerçek kişilerin malvarlıklarının kendilerinin hayatının sona erdiğinin kabul edildiği olaylardan sonra hangi muamelelere tabi olacağıyla ilgilienmektedir<sup>7</sup>. Kişinin hayattayken kendi malvarlığıyla ilgili yaptığı tasarruflar ancak mirasıyla ilgili ise miras hukukunun konusunu oluşturur. Mirasın ölümünden sonra kalan malvarlığının, terekesinin<sup>8</sup>, kimlerin kontrolünde olacağı, mirasçılarının kimler olacağı ve terekenin kimlere hangi oran ve sıra ile intikal edeceği<sup>9</sup> miras hukukunun cevabını aradığı temel sorulardır<sup>10</sup>.

Terekenin mirasçılara geçişiyle ilgili sorunların çözülebilmesi için birçok başka hususta daha belirleme yapılması gerekebilir. Mirasın bir işlem neticesinde mi yoksa kendiliğinden mi mirasçılara geçeceği bu hususlardan bir tanesidir. Türk miras hukukunda kabul edilen külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılar, mirası bir bütün olarak ve mirasın açılmasıyla birlikte kendiliğinden kazanırlar<sup>11</sup>. Mirasçılar arasında bir hukuki bağ olup olmadığı ile terekenin idaresinin ve

<sup>7</sup> DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 1; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1-2; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 33; KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1; ANTALYA, Gökhan, **Miras Hukuku Cilt III**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 46.

<sup>8</sup> SEROZAN / ENGİN, s. 106; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 22-23; ANTALYA, s. 69. Terekenin, mirasın ölümüyle mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümü olduğu ve terekenin malvarlığına eşit bir kavram olduğu belirtilmektedir. Bkz. DURAL / ÖZ, s. 8; ANTALYA, s. 70. Bu bakımdan makalemizde malvarlığı ve tereke kavramları birbirleri yerine de geçecek şekilde kullanılmıştır.

<sup>9</sup> DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Baskı, Savaş Kitap, Ankara, 2022, s. 367.

<sup>10</sup> ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 259.

<sup>11</sup> DURAL / ÖZ, s. 14; SEROZAN / ENGİN, s. 74-75; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 18, 457; KILIÇOĞLU, s. 11-12, 282; ANTALYA, s. 91; ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif, "Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları", **İÜHFİM**, Y. 2015, C. 73, S. 2, s. 357.

paylaşımının nasıl yapılacağı da bu kapsamda miras hukukunun belirleme yaptığı hususlardır.

Mirasın mirasçılar tarafından kendi aralarında paylaşılması veya üçüncü kişilere devri işlemlerinin nasıl ve hangi şartlarda yapılacağıın belirlenmesi tereke üzerindeki hak sahiplerinin durumunu ortaya koyacaktır. Mirasçılar tamamen kişisel sebeplerden kendi paylarını veya terekedeki malvarlıklarını bir başka kişiye devretmek isteyebilir. Herhangi bir borcun karşılığı veya diğer ekonomik sebeplerden de bu devir işleminin yapılması mümkündür. Sonuç itibariyle mirasın paylaşılmasına dair işlemin bir sözleşmeyle hüküm altına alınması ve icra edilmesi söz konusudur.

Bunlar dahil çeşitli sebeplerle mirasın paylaşılması konusunda hak sahiplerinin aralarında yaptıkları bir anlaşma varsa, bu anlaşma hukuka uygun olmak kaydıyla, bu anlaşmanın uygulanabilmesi için başkaca bir kişinin veya mahkemenin müdahalesine gerek yoktur. Taraflar arasında yapılmış sözleşmeye göre miras paylaşılabilir. Ancak özellikle mirasçılar, aralarında bir anlaşmaya varamıyorsa mahkemenin müdahalesi söz konusu olabilir. Bu durumda mahkeme, esasa uygulanan hukuk çerçevesinde mirasın paylaşılması hakkında karar verir. Bu hukukun Türk hukuku olması halinde TMK'nın ilgili hükümlerine göre miras paylaşılır.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelere uygulanacak hukukun doğru tespit edilebilmesi için, öncelikle, genel özellikleriyle bu sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir. Miras hukukuna ilişkin bu işlemlerin vasıflandırmasının doğru yapılması hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağıın bulunması için gereklidir. MÖHUK'ta yer alan miras hukukuna yönelik kanunlar ihtilafı kuralının tespit edilebilmesi için bu bölümde Türk miras hukukunda mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin nasıl düzenlendiği incelenecektir.

### 1. Miras Paylaşma Sözleşmesi

TMK'nın paylaşmanın tamamlanması ayırımında öngördüğü ilk sözleşme paylaşma sözleşmesidir. TMK'nın 676. maddesi paylaşma sözleşmesi başlığı altında mirasçıların kendi aralarında mirası paylaşma sözleşmesi yapabileceğini düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, mirasçılar kendi aralarında payları oluşturup bunları fiilen alabilir veya bir sözleşmeyle bu anlaşmayı ortaya koyabilirler. Ayrıca, ikinci fıkra uyarınca, mirasçılar tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetini miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürmek üzere de sözleşme yapabilirler.



Mirasın mirasçılar arasında anlaşmayla paylaşılmasının düzenlendiği TMK m.676 paylaşma sözleşmesinin konusu ve tarafları bakımından belirleme yapmıştır. Bu maddeye göre, elden paylaşma ve sözleşme ile paylaşma şeklinde iki yöntem belirlenmiştir<sup>12</sup>. Her iki yöntemde de terekede bulunan malvarlığının paylaşılması söz konusudur. Miras payı üzerinde bir paylaşma yapılmamakta, fakat, münferit olarak malvarlığı değerleri mirasçılar arasında paylaşılmaktadır. Bu durum mirasçıların sahip olduğu miras hakkı gereği tereke malları üzerinde diledikleri gibi tasarruf edebilme özgürlüklerinin gereğidir<sup>13</sup>. Paylaşma sözleşmesinin ise yalnızca mirasçılar arasında yapılabilen bir sözleşme olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle tüm mirasçıların oybirliğiyle bu sözleşmenin akdedilmesi geçerlilik şartıdır<sup>14</sup>.

Paylaşma sözleşmesinin kural olarak miras bırakanın ölümünden sonra yapılması geçerlilik şartıdır<sup>15</sup>. TMK m.678 mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler başlığı altında bu duruma işaret eden bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, “*mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir.*” Miras bırakanın hayatta olduğu sürece kendisinin malvarlığına yönelik yapılan böyle bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz kabul olduğu belirtilmektedir<sup>16</sup>. Bu durumda, miras açılmadan önce yapılan bir paylaşma sözleşmesi kural olarak kesin hükümsüzdür. Ancak, miras bırakanın katılması veya onayıyla paylaşma sözleşmesinin geçerli olarak yapılması ve sonuç doğurması mümkün olacaktır. Mirasın açılmasından sonra ise mirasçılar m.676’da yazan belirttiğimiz şartlar çerçevesinde paylaşma sözleşmesini yapabileceklerdir.

## 2. Miras Payı Üzerinde Sözleşme

Paylaşmanın tamamlanması hususunda TMK tarafından öngörülen diğer sözleşme ise miras payı üzerinde sözleşmedir. TMK m.677 uyarınca mirasçılar, miras payının devri konusunda kendi aralarında veya üçüncü kişiyle sözleşme yapabilirler. Maddenin mirasçılar arasında yapılan sözleşmeyi düzenleyen ilk fıkrasına göre, sözleşmenin konusunu terekenin tamamı veya bir kısmı oluşturabilir. Buna

<sup>12</sup> ÇABRİ, s. 470; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 627.

<sup>13</sup> ÇABRİ, s. 473.

<sup>14</sup> EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 629; KILIÇOĞLU, s. 403; ÇABRİ, s. 479; TEKELİOĞLU, Numan, **Miras Paylaşma Sözleşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 112.

<sup>15</sup> ÇABRİ, s. 487; DURAL / ÖZ, s. 477.

<sup>16</sup> ÇABRİ, s. 487; DURAL / ÖZ, s. 477; ANTALYA, s. 507; TEKELİOĞLU, s. 115.

göre, terekedeki malvarlığının yalnızca bir kısmının mirasçılar arasında paylaşılması mümkündür. Maddenin ikinci fıkrasında ise mirasçuların üçüncü kişilerle de miras payı üzerinde sözleşme yapabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin konusu ve tarafları bakımından temel özellikleri TMK m.677'de belirlenmiştir. Konusu itibarıyla miras payı üzerinde sözleşme muhtemel veya mevcut miras payının devrine ilişkindir. Miras payı üzerinde sözleşmenin paylaşma sözleşmesinden farkı terekedeki mal veya hakların münferit olarak devrine değil mirasçılık sıfatına bağlı hakların devrine ilişkin olmasıdır<sup>17</sup>. Mirasçı, bu sözleşmeyle miras üzerindeki payını devretmektedir<sup>18</sup>. Terekede bulunan münferit malvarlığı değerlerinin devri söz konusu olmamaktadır. Sözleşmenin tarafları bakımından ise kanunda kişi yönünden bir sınırlama getirilmemiştir. Sözleşmenin devralan tarafında bulunan kişinin kim olacağıyla ilgili taraflara kanunda serbestlik tanınmıştır. Mirasçı istediği kişiyle bu sözleşmeyi yapabilecektir. Miras payını devralan kişi diğer bir mirasçı olabileceği gibi mirasçı olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

Paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi miras payı üzerinde sözleşmenin yapılmasında da TMK tarafından mirasın açılmış olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Zira zamansal bu farklılık sözleşmenin konusunun farklı olmasına neden olmaktadır. Henüz açılmamış bir mirasın bulunduğu durumda miras payı üzerinde sözleşmenin konusunu mirasçının miras üzerindeki beklenen hakkı oluştururken mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmenin konusu mirasçının sahip olduğu miras hakkıdır<sup>19</sup>. Miras açılmadan önce yapılan sözleşme ile muhtemel bir mirasçı ileride doğması muhtemel miras hakkını miras bırakan hayattayken bir başka kişiye devretmektedir<sup>20</sup>.

Yine paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi miras payı üzerinde sözleşme de kural olarak mirasın açılmasından sonra yapılır<sup>21</sup>. Mirasın açılmasından önce yapılan miras payı üzerinde sözleşmenin geçerli olabilmesi için mirasın katılımlının veya izninin olması gerektiği TMK m.678'de düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, paylaşma sözleşmesinde olduğu gibi, mirasın açılmasından önce yapı-

<sup>17</sup> DURAL / ÖZ, s. 383; ÇABRİ, s. 512; SARIKAYA, Murat, "Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 24, S. 2, s. 807.

<sup>18</sup> DURAL / ÖZ, s. 378.

<sup>19</sup> ÇABRİ, s. 513, 542.

<sup>20</sup> ÇABRİ, s. 542.

<sup>21</sup> ÇABRİ, s. 540.

lan bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için miras bırakanın rızasının bulunması zorunludur. Ancak bu rızanın varlığı halinde açılmamış miras hakkının devrindeki ahlaka aykırılığın ortadan kalktığı ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

## B. Yabancılık Unsuru İçeren Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşme

Miras hukukunu ilgilendiren bir meselede Türkiye haricinde bir ülke ile temas varsa olayda yabancılık unsuru olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Mahkemenin önüne gelen olayda tüm taraflar ve uyuşmazlık konusu işlem ve ilişkiler yalnızca Türkiye ile ilgiliyse, bir başka deyişle olayda hiçbir yabancılık unsuru bulunmuyorsa, mahkeme tarafından Türk hukukuna bakılarak uyuşmazlık çözülecektir<sup>23</sup>. Ancak söz konusu mirasa dair meselelerde yabancılık unsuru bulunuyorsa Türk mahkemeleri doğrudan Türk hukukunu uygulayarak karar veremezler.

Türk hukuku bakımından yabancılık unsurunun ne olduğu kanunlarımızda tanımlanmamıştır<sup>24</sup>. Mahkeme kararları ve doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde, inceleme konusu ilişki veya işlemin Türkiye dışında bir ülkeyle hukuki bağlantısının bulunduğu hallerde yabancılık unsurunun bulunduğu ifade edilebilir<sup>25</sup>. Yabancılık unsuru söz konusu işlemin kişi ve yer unsurlarında bulunabileceği gibi kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı yer veya malların bulunduğu yer bakımından bulunabilir<sup>26</sup>.

Miras hukuku bakımından da yabancılık unsuru bu hususlar üzerinde gerçekleşebilir. Ölen kişinin veya mirasçılardan birinin yabancı olması veya bu

<sup>22</sup> ÇABRİ, s. 541; DURAL / ÖZ, s. 379; TEKELİOĞLU, s. 116.

<sup>23</sup> EKŞİ, Nuray, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 1; DOĞAN, s. 7.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 10; DOĞAN, s. 6; İRGE ERDOĞAN, Burcu, “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 20, S. 1, s. 404.

<sup>25</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 5; EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 1; İRGE ERDOĞAN, s. 404; DOĞAN, s. 7; AYGÜN, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, **DEÜHFD**, Y. 2014, C. 16, s. 1030; ALTIPARMAK, Ayşe Kübra, **İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 7-11.

<sup>26</sup> Davanın görüldüğü yer devleti esas alınarak belirlenen yabancılık unsuru kavramından söz konusu davada söz edebilmek için o yer dışındaki bir devletin vatandaşı olan tarafların bulunması, taraflardan en az birinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin başka bir ülkede bulunması, taraflar arasında tüzel kişi varsa bunun kuruluş yerinin veya idare merkezinin başka bir ülkede bulunması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hususların başka bir ülkede bulunması gibi unsurların gerçekleşmiş olması gerekir. Aynı yönde bkz ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 5; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 9.

kişilerin yerleşim yerlerinin yabancı bir ülkede olması yabancılık unsurunun varlığı için yeterlidir. Miras bırakanın terekesinin Türkiye dışında bir ülkede veya hem Türkiye hem de başka bir ülkede bulunması halinde de yabancılık unsuru vardır. Ölüme bağlı tasarrufun söz konusu olduğu hallerde bu tasarrufun yabancı bir ülkede yapılması da yabancılık unsurunu söz konusu uyuşmazlığa katacaktır.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmede de yabancılık unsuru bulunabilir. Miras bırakanın veya mirasçılardan yabancı olması veya ikametgahlarının, mutad meskenlerinin yabancı bir ülkede bulunması halinde yabancılık unsurunun varlığı kabul edilir<sup>27</sup>. Terekedeki malvarlığının tamamının veya bir kısmının yabancı bir ülkede bulunması halinde de yabancılık unsuru vardır. Konumuz bakımından ilgili olan mirasa dair belgelerin, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin yabancı bir ülkede tanzim edilmesi halinde de yabancılık unsuru vardır. Bu sayılanlarda olduğu gibi mirasa dair meselelerin Türkiye haricinde bir veya birden fazla ülke hukuku ile temas halinde bulunduğu durumlarda yabancılık unsurunun var olduğu kabul edilecek ve MÖHUK'ta bulunan kurallar uygulanacaktır<sup>28</sup>.

## II. MİRASIN PAYLAŞILMASINA DAİR SÖZLEŞMENİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

### A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren miras hukukuna dair davalarda mirasın esasına uygulanacak hukuk *lex successionis*, miras statüsü veya mirasa uygulanacak hukuk olarak adlandırılmaktadır<sup>29</sup>. Türk hukuku bakımından miras hukukuna dair meselelerde hangi kanunlar ihtilafı kuralının geçerli olacağı MÖHUK m.20'de düzenlenmiştir.

MÖHUK m.20(1)'e göre “*miras ölenin millî hukukuna tâbidir*”. Böylece MÖHUK'ta mirasa uygulanacak hukukun tespiti için ana kural ölenin millî

<sup>27</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 260.

<sup>28</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 260; AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk “Ders Kitabı”*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 99.

<sup>29</sup> TEKİNALP, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 232; EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 31; ALTI-PARMAK, s. 71. Bu kavramlara ek olarak “*intikal kanunu*” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz GÜNGÖR, Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku: Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 159.

hukukunun uygulanması şeklinde düzenlenmiştir<sup>30</sup>. Bir başka deyişle, miras statüsü ölenin millî hukukuna tabidir<sup>31</sup>. Kanunun getirdiği kanunlar ihtilafı kuralları gereği miras statüsü, prensip olarak, miras hukukuna dair bütün meselelere uygulanacaktır<sup>32</sup>. Buna göre, mesela, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı bir kişinin Türkiye’de malvarlığı bırakarak ölmesi durumunda kimlerin mirasçı olacağına, hangi oranda mirasçı olacaklarına ve saklı paylı mirasçı olup olmayacağına ABD hukukuna göre karar verilecektir.

MÖHUK m.20(1)’in getirdiği bu kuralın yer aldığı cümlelerin devamındaki cümlede ise, Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından bir istisna hükmü getirilmiştir. Buna göre, miras statüsüne dahil konulardan olmasına rağmen Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır<sup>33</sup>. Tek taraflı bir bağlama kuralı<sup>34</sup> getiren bu hüküm uyarınca, Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından yalnızca Türk hukuku uygulanacak olup ölenin millî hukukuna bakılmayacaktır. Buna göre, Türkiye’de bulunan taşınmaz malvarlığı hakkında Türk hukuku uygulanır<sup>35</sup>. Türkiye dışında başka bir ülkede bulunan taşınmaz tereke için ise bu kural geçerli değildir. Türkiye dışındaki bu taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklarda miras statüsü gereği ölenin millî hukuku uygulanacaktır. Bir başka deyişle, bu taşınmazlar için taşınmazın bulunduğu ülke hukuku değil, ölenin millî hukuku uygulanır. Sonuç itibariyle, MÖHUK m.20(1) bir bütün olarak getirdiği sistem uyarınca miras bırakanın tüm taşınır malları ile Türkiye dışında bulunan taşınmaz malları açısından millî hukuku uygulanırken, miras bırakanın yalnızca Türkiye’de bulunan taşınmaz malları açısından Türk hukuku uygulanacaktır.

<sup>30</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 260; NOMER, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 296; AKINCI, s. 99; EKŞİ, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 34; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 322.

<sup>31</sup> AKINCI, s. 297.

<sup>32</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin kararında da belirtildiği üzere, vasiyetname dahil yabancılık unsuru bulunan miras davalarında MÖHUK’ta bulunan kanunlar ihtilafı kuralları uygulanarak yabancı hukukun muhtevasının tespiti ile sonucuna göre dava hakkında karar verilmesi gerekir. Yargıtay 2. HD, E. 2008/13740, K. 2008/14696, 06.11.2008, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

<sup>33</sup> Taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi kılınması olarak ifade edebileceğimiz *lex rei sitae* (taşınmazın bulunduğu yer hukuku) kavramı MÖHUK m.20(1)’de kabul edilmiştir. Aynı yönde bkz TEKİNALP, s. 232.

<sup>34</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE 262; DOĞAN, s. 368; GÜNGÖR, s. 159.

<sup>35</sup> Türkiye’de bulunan bir taşınmazın söz konusu olduğu mirasçılık belgesinin iptali davasında kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması neticesinde Türk hukuku ve ona dahil olan Tapu Kanunu uygulanmıştır. Bkz Yargıtay 7. HD, E. 2009/2196, K. 2010/377, 28.01.2010, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

Başka bir Yargıtay kararında ise, hasımsız olarak görülen mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin olan davada yabancı ilgililerin Türk hukukuna uygun olarak miras bırakanın ölümüne ve mirasçılara yönelik iddiaları ispat etmesi ve mahkemenin Türk hukuku uyarınca araştırma yapması gerektiği belirtilmiştir. Bkz Yargıtay 7. HD, E. 2009/3541, K. 2010/750, 18.02.2010, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

Miras statüsüne dair ana kuralın Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkındaki özel düzenleme haricinde çeşitli istisnaları da maddenin devam eden fıkralarında düzenlenmiştir. MÖHUK m.20(2) ve m.20(3)’te yer alan bu istisnalarla m.20(1)’deki ana kuralın uygulama alanı sınırlandırılmıştır<sup>36</sup>. Bu istisnaların kapsamında giren hallerde ölenin millî hukuku değil ilgili istisna düzenlemesinde belirtilen kural uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK m.20(2) mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine terekenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir. Bu konular hakkında ölenin millî hukuku değil terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır<sup>37</sup>. Mirasın hangi sebeplerle ve durumlarda açılacağı bu madde kapsamına girmektedir. Ayrıca, mirasçıların söz konusu mirası iktisap etmesinin hangi şartlarda ve nasıl gerçekleşeceği de MÖHUK m.20(2)’de düzenlenen konulardır. Son olarak, mirasın paylaşılırken uyulacak kuralların neler olduğu bu fıkra kapsamında belirlenecek uygulanacak hukuk tarafından çözümlenecektir.

MÖHUK m.20(3)’te yer alan istisna düzenlemesine göre ise “*Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır*”. Bu bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı olup<sup>38</sup> şartları gerçekleştiğinde herhangi bir uygulanacak hukuk incelemesi yapılmadan terekenin Türk Devletine kalacağını hüküm altına alan bir kuraldır.

Mirasın taksimi çerçevesinde mirasın paylaşılmasına dair sözleşme çeşitli durumlarda yabancılık unsuru bulunan davalarda incelenebilir. Mesela, yabancılık unsuru bulunan bir miras ilişkisinde mirasçılık belgesi alınmak üzere mahkemeye başvurulması halinde bu inceleme yapılacaktır. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin borçlusu olarak devreden tarafta bulunan kişinin gerekli devir işlemlerini yapmaktan kaçınması, sözleşmenin taraflarının mirasçılık sıfatına sahip olup olmadığı yönünde itiraz bulunması veya bu sözleşmenin geçerliliğiyle ilgili mahkemeye başvurulması hallerinde de bu sözleşme MÖHUK kapsamında mahkemenin incelemesine gelebilir.

<sup>36</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE 267. MÖHUK m.20(2)’nin genel kuralın bir istisnası olmadığı, m.20(1)’den amacı ve uygulama alanı bakımından farklı bir hüküm olduğu da belirtilmektedir. Bkz ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 327.

<sup>37</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 268.

<sup>38</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 275; AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, **Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, Aybay, 2001, s. 238; GÜNGÖR, s. 163; BARAN ÇELİK, Neşe, **Milletlerarası Unsurlu Ölümüne Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 136; DOĞAN, s. 374; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 47; NALÇACIOĞLU ERDEN, Hümeysra Zeynep, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Devletin Mirasçılığı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 13, S. 2, s. 494. Bunun bir doğrudan uygulanan kural olduğu da ifade edilmektedir. Bkz ÇELİKEL / ERDEM, s. 350.

Yabancılık unsuru bulunması nedeniyle mahkemede yapılacak inceleme esnasında MÖHUK'un hangi kanunlar ihtilafı kuralının mirasın paylaşılmasına dair sözleşmede uygulanacağı öncelikle tespit edilmelidir. Bu sayede ilgili kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği uygulanacak hukuk çerçevesinde sözleşme ile ilgili meseleler çözümlenecektir. Miras ilişkilerine dair uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK'un 20. maddesi bu inceleme neticesinde tespit edilir. Burada cevabını aradığımız sorular şunlardır: Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralı hangisidir? Miras statüsünü düzenleyen ölenin millî hukuku mu yoksa mirasın taksimine dair kural mı bu sözleşmelere uygulanacaktır? Taşınır ve taşınmaz tereke malvarlığının bu sözleşmenin konusu olması halinde uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralında bir değişiklik olacak mıdır?

## **B. Miras Hakkındaki Kanunlar İhtilafı Kuralı Çerçevesinde Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmenin Tabi Olduğu Hukuk**

### **1. MÖHUK Madde 20(1) ile Madde 20(2)'nin Değerlendirilmesi**

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin hangi kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girdiğine dair değerlendirme yapılarak Türk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre vasıflandırmasının yapılması gerekmektedir. Zira MÖHUK'ta açıkça zikredilmeyen bu hukuki işlemin miras statüsüne dair ana kuralın kapsamında mı yoksa mirasın taksiminin kapsamında mı olduğu belirli değildir. Bir başka deyişle hukuki niteliği gereği, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin MÖHUK m.20(1) mi yoksa m.20(2) kapsamında mı kaldığının belirlenmesi gerekir<sup>39</sup>.

MÖHUK m.20(1)'de yer alan miras statüsünün ölenin millî hukukuna tabi olduğuna dair hüküm birçok konuyu düzenler. Kanuni mirasçılarının kimler oldu-

<sup>39</sup> Akdî borç ilişkilerine dair MÖHUK madde 24 ile 33 arasında yer alan düzenlemeler yabancılık unsuru taşıyan akdî borç ilişkilerinin tabi olacağı hukuk konusunda kanunlar ihtilafı kurallarını içermektedir. Bkz ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 323.

Ayrıca belirtmek gerekir ki MÖHUK m.24'te düzenlenen sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk mirasın paylaşılmasına dair sözleşmede inceleme konusu yapılmamıştır. Bunun nedeni mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin diğer akdî borç ilişkileri kapsamındaki sözleşme türlerinden farklı olarak miras hukuku kapsamında kalmasıdır. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşme MÖHUK bakımından akdî borç ilişkilerine dair kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında olmayıp miras hukukuna dair getirilen asıl düzenleme olan MÖHUK m.20 kapsamında değerlendirilmelidir. MÖHUK m.24'te düzenlenen akdî borç ilişkilerine dair genel kanunlar ihtilafı kuralı ile MÖHUK m.25 ile 29. maddeler arasında düzenlenen bazı diğer akit tipleri için özel kanunlar ihtilafı kuralları mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanmaz. Bu nedenle, miras hukukuna dair olan bu sözleşme türünün genel sözleşmeler hakkındaki kanunlar ihtilafı kuralı, veya özel akit tipleri için getirilen özel kanunlar ihtilafı kuralları, çerçevesinde değerlendirilerek uygulanacak hukukun bulunması söz konusu değildir.

ğu, bunların miras paylarının oranı, saklı paylı mirasçılardan olup olmadığı, mirastan yoksunluğa sebep olacak hallerin ve ölüme bağlı tasarrufların hükümlerinin neler olduğu, tenkis ve mirastan çıkarmanın hükmü, miras bırakanın tereke üzerindeki tasarruf yetkisinin kapsamı, mirasçılardan terekenin borçlarından sorumluluğu, mirasın reddi ve terekeye dahil olacak malların neler olduğu gibi konular bunlardan bazılarıdır<sup>40</sup>. Özetle mirasın kişi ve malvarlığı hususlarıyla ilgili birçok konuda MÖHUK m.20(1) uygulanır.

Ancak, mirasla ilgili tüm hususlara MÖHUK m.20(1)'in uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Bir başka deyişle, miras ilişkilerinin bütün yönleri hakkında m.20(1) istisnasız uygulanmayacak olup bazı konular miras statüsünün uygulama alanı dışına çıkarılmıştır<sup>41</sup>. Mirasın paylaşılmasına uygulanacak hukuk da ana kuralın kapsamı dışında kalan hallerdendir<sup>42</sup>. Mirasın taksimi kavramının içerisinde yer alan mirasın paylaşılmasına dair sözleşme de MÖHUK'un sistematigi altında miras statüsüne getirilen m.20(2) istisnası kapsamında değerlendirilmelidir. Zira bu sözleşmenin amacı mirasın mirasçılar veya üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır.

## 2. MÖHUK Madde 20(2)'nin Getiriliş Amacı

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ederken bu istisna hükmünün neden getirildiğinin anlaşılması önemlidir. Zira miras statüsü ile de ölenin millî hukuku bu sözleşmenin hükümlerini düzenleyebilirdi. Böyle bir düzenleme yapılmamasının, miras statüsüne dair genel kuraldan kânin koyucunun ayrılmasının, birkaç nedeni olduğu söylenebilir. Öncelikle, bunun pratik zorunluluklardan kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Bu açıklamaya göre, önündeki yabancılik unsuru içeren davada MÖHUK'u uygulayan Türk mahkemelerinin Türk hukukunda yer almayan mirasın taksimine ilişkin yabancı hukuk kurallarını uygulama yükümlülüğünden kurtarmak amacıyla bu hüküm getirilmiştir. Türk hukukunda yer almayan mirasın taksimine ilişkin kuralların uygulanmasının zorluk ortaya çıkaracağı düşüncesiyle bu izahat yapılmıştır.

<sup>40</sup> TEKİNALP, s. 234; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 266; AKINCI, s. 100; EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 39; DOĞAN, s. 370; GÜNGÖR, s. 160-161.

<sup>41</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 260; EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 42; DOĞAN, s. 369.

<sup>42</sup> Ana kuralın kapsamı dışında kalan mirasın açılması sebepleri, iktisabı ve taksimi konularının pratik zorunluluklar veya hukuki müessesenin yapısı sebebi ile farklı bir statüye tabi kılındığı ifade edilmektedir. Bkz TEKİNALP, s. 238, 240.

<sup>43</sup> TEKİNALP, s. 232; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 268; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 328.



Terekenin Türkiye’de bulunduğu mirasın taksimine ilişkin meselelerde bu düşüncenin olumlu karşılık bulması ve Türk mahkemelerinin Türk hukukunu uygulaması mümkündür. Terekenin bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukuku mirasın taksimi meselelerine uygulanacaktır. Ancak terekenin yabancı bir ülkede bulunduğu hallerde yine Türk mahkemesi Türk hukukunu uygulayamayacak, terekenin bulunduğu ülke hukukunu MÖHUK m.20(2) uyarınca uygulamak zorunda kalacaktır.

Bu istisnanın tanınmasının bir nedeni de miras statüsünde düzenlenen kollarından farklı işlemlerin mirasın taksimi kapsamında kalmasıdır. Miras statüsünün kapsamına mirasla ilgili birçok temel mesele girmektedir. Mirasın yaptığı tasarruflar, miras paylarının hükümleri ve mirasa hak sahibi olmakla ilgili hususlar bunlardan bazılarıdır. Mirasın taksimi ise miras payı ve mirasta bulunan malvarlığı değerleriyle daha yakından ilgilidir. Bu nedenle genel kuralın bu meselelerde yetersiz kalması söz konusudur. Mirasta bulunan malvarlığının ve payların paylaşımında bu değerlerin bulunduğu ülke uyumsuzluk konusuyla daha sıkı ilişkili olacaktır. Terekenin bulunduğu ülkedeki malvarlığının devri, teslimi ve diğer hükümleriyle ilgili konularda o malvarlığının bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesinde daha etkilidir. Ayrıca, mirasın taksimi bakımından sadece ölenin değil, mirasçılarının ve üçüncü kişilerin de katılımının olduğu işlemlerin yapılması mümkündür. Miras statüsünde mirasçının ölüme bağlı tasarrufları söz konusuysa mirasın taksiminde mirasçılarının kendi aralarında yapacakları paylaşma işlemi konu olacaktır. Bu nedenle ölenin menfaatleri yanında veya ondan ayrı olarak mirasçılarının ve üçüncü kişilerin de menfaatlerinin ilgili işlem çerçevesinde değerlendirilmesi gerekli olabilir. Bu durum da ölenin millî hukukunun mirasın taksimine uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabileceğini göstermektedir. Bu karşılık, terekenin bulunduğu ülke hukuku ise hem terekedeki malvarlığıyla hem de mirasın taksimine yönelik yapılan işlemlerle daha yakın ilişkilidir. Bu nedenlerle MÖHUK m.20(2)’de miras statüsüne bir istisna olarak terekenin bulunduğu ülke hukuku seçilmiştir.

### 3. Mirasın Paylaşılmasının TMK ve MÖHUK Açısından Görünümü

MÖHUK açısından mirasın taksimi kapsamına hangi meselelerin girdiğinin tespiti mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin uygulanacak hukuk bakımından çözümlenmesi için gereklidir. Bu değerlendirmede TMK’da yer alan mirasın taksimi düzenlemeleri önemli bir yer kaplamaktadır. Zira Türk hukukunun parçası olarak kanun koyucunun MÖHUK ve TMK’da yer alan benzer kavram-

lara benzer anlamlar yüklemesi mümkündür. Ancak kanunlar ihtilafı kuralı getiren MÖHUK ile esasa dair hukuki düzenleme içeren TMK'nın mirasın paylaşılması veya taksimi gibi ifadelerle kastettikleri, farklı hususları düzenlemeleri itibarıyla, farklı olabilir. TMK'nın düzenleme alanı mirasa dair esas hakkındaki meselelerken, MÖHUK kanunlar ihtilafı kuralları olarak miras hukukuna dair meseleleri düzenlemiştir. Düzenleme alanları farklı olan bu kanunlarda yer alan kavramların içeriklerinin de farklı olması mümkündür. En azından her zaman aynı içeriğe sahip olduklarını peşinen söylememek gerekir<sup>44</sup>. Bu bakımdan, TMK'daki mirasın taksimiyle ilgili her düzenlemenin doğrudan MÖHUK m.20(2) anlamında mirasın taksimi kapsamına girmeyeceği belirtilmelidir<sup>45</sup>.

Türk medeni hukuku açısından yapılan belirlemeler Türk milletlerarası özel hukukunda yapılacak değerlendirmelerde önemli olmakla birlikte yalnızca medeni hukuktaki nitelendirmeye bağlı kalmamaz<sup>46</sup>. Türk milletlerarası özel hukukunun kavramları ve öncelikleri, TMK'da yer alan düzenlemeler göz önüne alınarak değerlendirilmeli ve sonucunda mirasın taksimine hangi meselelerin gireceği belirlenmelidir. Türk medeni hukuku ve milletlerarası özel hukuku arasındaki bu değerlendirmeye örnek olarak ceninin mirasçılığı, gaibin mirasçılığı, mirastan yoksunluk, mirasın kabulü ve mirasın reddi konuları verilmektedir<sup>47</sup>. Bu konular TMK'da "Mirasın Açılması" bölümü altında düzenlenmiştir. Ancak bu konular milletlerarası özel hukuk açısından değerlendirildiğinde mirasın açılması sebepleriyle ilgili olmayıp mirasçılığın tespiti ile ilgilidir. Bu nedenle TMK'daki düzenleniş biçiminin aksine bu konularda doğan uyumsuzluklar MÖHUK m.20(2)'de yer alan mirasın açılmasının sebeplerine uygulanacak hukuka değil m.20(1)'de yer alan miras statüsüne tabidir. Burada önemli olan, mirasın taksimi başlığı altında yer alan kavram ve hükümlerin mahiyetinin değerlendirilmesi ve bu mahiyeti gereği MÖHUK m.20(2) hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesidir.

<sup>44</sup> Aynı yönde bkz DOĞAN, s. 369.

<sup>45</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 268-269; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 351; EKŞİ, Nuray, "Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation", **Turkish and EU Private International Law: A Comparison**, Ed. Paul BEAUMONT, Burcu YÜKSEL, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 123; DOĞAN, s. 369; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 330.

<sup>46</sup> EKŞİ, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 43; ÇELİKEL / ERDEM, s. 351; TEKİNALP, s. 233.

<sup>47</sup> TEKİNALP, s. 233; EKŞİ, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 43; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 330.

#### 4. Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Tarafları

Mirasın taksiminden bahsedebilmek için birden fazla mirasçı veya bir mirasçıdan üçüncü kişiye bir devir olması gerektiği açıktır. Aksi takdirde mirasın paylaşılmasından bahsedilemeyecektir. Birden çok mirasçının söz konusu olduğu halde de bir miras ortaklığının kurulup kurulmadığı ve miras ortaklığında işlemlerin hangi kurallara göre yapılacağı mahiyeti gereği mirasın taksimi meselelerinden<sup>48</sup>. Mirasın açılmasından sonra mirasın kimler arasında paylaşılacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Mirasın kanuni şartlar çerçevesinde paylaşılması mirasın taksimi düzenlemesi altında gerçekleştirilir. Mirasın iktisabı meselesiyle de bağlantılı olan bu husus, mirasın külli halefiyet ilkesi gereği kendiliğinden mi iktisap edileceği, yoksa bazı hukuklarda olduğu gibi terekenin öncelikle bir mahkeme veya memura teslim edildikten sonra mı mirasçılara geçeceği meselesi buna dahildir<sup>49</sup>. Mirasçıların, aralarında veya üçüncü kişilerle yapacakları mirasın devri konusundaki sözleşmeler de bu kapsamdadır. Terekeye dahil malların kısmen veya tamamen ve hangi sıra veya hükümlere bağlı olarak mirasçıların kendi aralarında veya üçüncü kişilerle paylaşımının yapılacağı mirasın taksimi kavramına girer.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşme, mirasçıların hem kendi aralarında hem de üçüncü kişilerle mirasa dahil malvarlığı değerlerini veya mirasta sahip oldukları veya gelecekte sahip olacakları paylarını paylaşabilmelerine imkân tanır. Bu açıklamalara göre, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin yapılmasının hükümleri ve sonuçları mirasın taksiminden tabii olduğu hukuka göre belirlenecektir. MÖHUK m.20(2) uyarınca terekenin bulunduğu ülke hukuku mirasın taksimi kapsamında mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanacaktır.

Sözleşmenin taraflarının kimler olabileceği bu kanunlar ihtilafı kuralının kapsamındadır. Mirasın taksimi bağlamında miras payının devri sözleşmesinde devreden ve devralan olarak bulunan kişilerin kimler olabileceği ve kimlerin bu sözleşmenin tarafı olmasının mümkün olmadığı terekenin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Sözleşmenin devreden tarafında yalnızca miras üzerinde hak sahibi olan mirasçı bulunabileceği gibi henüz miras hakkı kendisine geçmemiş muhtemel mirasçının da bu sözleşmeyi yapabilmesi söz konusu olabilir. Miras payının devrine dair sözleşmenin ne zaman yapılabileceğiyle de ilgili olan bu mesele sözleşmenin mirasın açılmasından önce yapılıp yapılamayacağı sorusuyla bağlantılıdır. Terekenin Türkiye’de bulunması halinde TMK uyarınca mirasın açılmasından önce de bu

<sup>48</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 274; AKINCI, s. 103-104; ÇELİKEL / ERDEM, s. 354; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 329.

<sup>49</sup> AKINCI, s. 104, 298.

sözleşmelerin yapılması mümkün olup muhtemel mirasçılar da mirasa konu paylarını devredebileceklerdir<sup>50</sup>. Sözleşmenin devralan tarafında kimin olabileceği de uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir. Türk hukukuna göre muhtemel mirasçılardan birine devir yapılabileceği gibi mirasçı olmayan herhangi bir üçüncü kişiye de bu devrin yapılması mümkündür<sup>51</sup>. Miras payının devri sözleşmesinde mirasçılardan terekedeki malvarlığını veya miras payını kendi hakları çerçevesinde tasarruf etmeleri söz konusu olmasına rağmen miras bırakanın da bu sözleşmenin hükümlerini etkilemesi söz konusu olabilir. Türk hukuku bakımından mirasın henüz açılmadan önce yapılacak bu sözleşmelerde miras bırakanın katılımı veya izni aranmıştır. Dolayısıyla MÖHUK m.20(2) anlamında mirasın bu sözleşmeye rıza vermesinin hükümleri de bu kural çerçevesinde belirlenir.

### 5. Mirasın Paylaşılmasına Dair Sözleşmelerin Konusu

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler hem taşınır hem de taşınmaz malvarlığının devri için yapılabilir. Türk hukukunda taşınmazların devri için noterde düzenleme şeklinde yapılmış miras payının devri veya miras paylaşma sözleşmesinin varlığı yeterli görülmüştür<sup>52</sup>. Bu sözleşme varsa devralan kendi adına terekedeki taşınmazın tescilini yapabilir. MÖHUK açısından önemli olan ise terekedeki miras payının devri sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazın devrine uygulanacak hukuk meselesidir.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin taşınmaz malvarlığını içermesi halinde uygulanacak hukuk Türk hukuku ise TMK ile aynı zamanda Tapu Kanunu'nda<sup>53</sup> yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin hükümlere de atıfta bulunmuş olur. Yabancıların taşınmaz ediniminin düzenlendiği Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde belirtilen koşullar altında yabancılar taşınmaz malları miras yoluyla edinebilirler. Bu nedenle, yabancılık unsuru bulunan bir mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye Türk hukuku uygulanacağı takdirde, yalnızca TMK hükümleri değil, aynı zamanda Tapu Kanunu'nun 35. maddesi de dikkate alınmak zorundadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tapu Kanunu'nda belirtilen kısıtlamalar yalnızca Türkiye'de bulunan taşınmaz malların mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye konu olması halinde geçerlidir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> ÇABRİ, s. 545.

<sup>51</sup> ÇABRİ, s. 512, 545.

<sup>52</sup> ÇABRİ, s. 534.

<sup>53</sup> Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934, S. 2892.

<sup>54</sup> Bu konuda birçok Yargıtay kararı bulunmakta olup bu husus teyit edilmiştir. Çeşitli kararlar için bkz EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 123.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye konu olan taşınmaz bakımından sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağıyla ilgili bir başka mesele ise MÖHUK m.20'nin hangi fıkrasının uygulanacağıdır. Bu husus yalnızca Türkiye'de bulunan bir taşınmazın miras payının devri sözleşmesine konu olması halinde gündeme gelir. Türkiye'de bulunan taşınmaz hakkında m.20(1) gereği Türk hukuku mu uygulanacaktır, yoksa m.20(2) gereği taşınmazın bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukuku mu uygulanacaktır? Bir başka deyişle, Türkiye'de bulunan taşınmazlarla ilgili istisna kuralı MÖHUK m.20(2)'de yer alan mirasın taksimi bakımından getirilen kurala da bir istisna getirmekte midir? Bu sorulara doktrinde ve yargı kararlarında açık bir cevap verilmemiştir. Aynı şekilde mirasın taksimi konusu özelinde de böyle bir açıklama kaynaklar arasında tespit edilememiştir.

Bunun çözümlenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmasının nedeni MÖHUK'un mirasla ilgili kanunlar ihtilafı kuralının sistematığının karmaşık olmasıdır<sup>55</sup>. Bu düzenlemeyi karmaşık olarak nitelendirmemizin sebeplerinden biri m.20(1) ile m.20(2) arasındaki ilişkinin açık olarak kanunda belirtilmemiş olmasıdır. Fıkraların birbirini tamamlayan hükümler mi yoksa birbirine istisna getiren düzenlemeler mi olduğu yoruma açıktır<sup>56</sup>. Zira MÖHUK m.20 mirasın genel olarak bir hukuka bağlanmasını kabul etmesine rağmen buna istisnalar getirerek her halde birlik sisteminin uygulanmasını kabul etmemiştir<sup>57</sup>. Bir başka deyişle, m.20(1)'de ölenin milli hukukunun miras statüsü olarak kabul edilmesinden sonra m.20(2)'de mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine terekenin bulunduğu ülke

<sup>55</sup> MÖHUK m.20'de yer alan bağlama kuralı sistematığının karmaşık olduğu hakkında aynı yönde görüşler için bkz DOĞAN, s. 369.

<sup>56</sup> MÖHUK m.20'nin getirdiği miras hukukuna dair kanun ihtilafı kurallarının sistematığına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden bazıları 2675 sayılı MÖHUK'un 22. maddesi hakkındadır. Makalemiz bakımından bu farklılığın bir önemi bulunmadığından bu görüşlere aynen 5718 sayılı MÖHUK'un 20. maddesi bağlamında da değinilmiştir. Zira 5718 sayılı MÖHUK'un 20. maddesi 2675 sayılı MÖHUK'un 22. maddesindeki hükmü aynen tekrarlamış ve bir yenilik getirmemiştir. Bu görüşler özet olarak, bunun bir birlik sistemi olduğu ancak gayrimenkuller bakımından istisna getirildiği (NOMER, s. 296; ÇELİKEL / ERDEM, s. 346; TEKİNALP, s. 233 vd.; AKINCI, s. 99); Türkiye'de bulunan gayrimenkullere Türk hukukunun uygulanmasına ilişkin cümlelerin çok taraflı bir bağlama kuralı olarak değerlendirilerek bunun bir ayırım sistemi olduğu (ULUSU KARATAŞ, s. 383 vd.); ayırım sisteminin veya birlik sisteminin kabul edilmediği aksine karma bir sistemin kabul edildiği (ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 206; ULUSU KARATAŞ, s. 383); bunun parçalı bir sistem olduğu, yani m.20(1) ilk cümle ile birlik sistemi seçilmişken m.20(1) 2. cümlede *lex rei sitae* istisnası getirildiği ve m.20(2)'de ise terekenin bulunduğu yer hukukunun yetkili kılındığı (AYBAY / DARDAĞAN, s. 199) görüşleri bulunmaktadır.

<sup>57</sup> Bu istisna düzenlemelerinin var olmasının MÖHUK m.20'nin birlik sisteminin faydalarını azaltacak nitelikte olduğu ve çözümü güç sorunlara neden olma potansiyeli olduğu ifade edilmektedir. Bkz TEKİNALP, s. 232. Bu görüşe karşıt olarak, MÖHUK m.20'de birlik sisteminin kabul edildiği ancak sadece Türkiye'deki taşınmaz malvarlığı bakımından bir istisna getirildiği ve MÖHUK m.20(1) ve 20(2)'nin uygulama alanlarının birbirini tamamlayacak şekilde sistematize edildiği de ifade edilmektedir. Bkz ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 321.

hukukunun uygulanacağını kabul edilmesi birlik sisteminden ayrıldığını göstermektedir. Bu nedenlerle MÖHUK m.20'de esas olarak birlik sisteminin göz önüne alındığı fakat kapsam dışında bırakılan kurallarla birlikte tam bir ayırım sistemi olmasa da birlik sisteminden de uzaklaşıldığı söylenebilir<sup>58</sup>.

Konumuz bakımından bu değerlendirme tamamen teorik bir incelemeden ibaret olup pratikte sonuç olarak bir farklılık doğurmamaktadır. Zira Türkiye'de bulunan taşınmaz bakımından, her iki fıkra çerçevesinde de, Türk hukuku uygulanmakta olup uygulanacak hukuka farklı bağlama noktaları sayesinde ulaşılmaktadır. Ayrıca, bu inceleme miras statüsünü düzenleyen kural (m.20(1)) ile mirasın taksimini düzenleyen kural (m.20(2)) arasındaki ilişkinin değerlendirmesini içermektedir.

MÖHUK m.20(1)'in genel kural olduğu ve Türkiye'de bulunan taşınmaz terekeye dair özel kuralın da tüm miras ilişkileri bakımından geçerli olduğu genel kabulü uyarınca m.20(1)'deki Türkiye'de bulunan taşınmazları Türk hukukuna bağlayan düzenlemenin tüm miras ilişkileri bakımından geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Bu genel ifadenin sonucu olarak Türkiye'de bulunan taşınmazı konu edinen miras payının devri sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun m.20(2) uyarınca değil m.20(1)'de yer alan düzenleme gereğince bulunacağı sonucuna varılabilir.

Buna karşılık, söz konusu durumda Türkiye'de bulunan taşınmaz açısından m.20(2)'nin uygulanacağını savunulması da mümkündür. Şöyle ki; MÖHUK m.20(1)'de yer alan ana kuralın uygulama alanı bulmayacağı hallerden biri m.20(2)'de yer alan mirasın taksimi hakkındaki meselelerdir<sup>60</sup>. Ana kural olan miras statüsünün uygulama alanının m.20(2) ile daraltılmış olduğu kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Bu sayede, mirasın taksimi konularıyla ilgili olup MÖHUK m.20(2) hükmünün kapsamına giren hallerde m.20(1)'in uygulanmayacağı açıktır<sup>62</sup>. Bu

<sup>58</sup> Benzer görüşler için bkz TEKİNALP, s. 232; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 263; NOMER, s. 296. Murisin vatandaşlığına göre bir uygulanacak hukuk sistemi getirildiği de ifade edilmektedir. Buna göre, murisin Türk vatandaşı olması halinde hiçbir istisnaya yer vermeden birlik sistemi, murisin yabancı bir devlet vatandaşı olması halinde ise ve tereke kapsamında Türkiye'de taşınmaz mallar bulunuyor ise kısmen ayırıcı sistem, geriye kalan diğer hallerde ise birlik sistemi kabul edilmiştir. Bu görüş için bkz DOĞAN, s. 369.

<sup>59</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 260, 262; AKINCI, s. 99, 297.

<sup>60</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 260. Buna benzer şekilde m.20(3)'te yer alan istisna nedeniyle Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke hakkında da m.20(1) uygulanmayacaktır. Bkz ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 266.

<sup>61</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 260.

<sup>62</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 266, 268.

nedenle MÖHUK m.20(2) kapsamındaki mirasın taksiminin m.20(1)'de yer alan Türkiye'deki taşınmaz terekeye dair getirilen kurala da bir istisna teşkil ettiği düşünülebilir. Ayrıca, m.20(2)'nin düzenleniş biçimi de bu görüşü desteklemeye müsaittir. Zira m.20(2)'deki kuralda taşınır ve taşınmaz malvarlığı açısından bir ayırım yapılmamıştır. Mirasın paylaşılması konusu kapsamında kalan tüm malvarlığı bu kurala tabi tutulmuş olup terekenin bulunduğu yer hukukuna göre karar verilir<sup>63</sup>. Bu nedenlerle doktrinde mirasın paylaşılmasına dair taşınmaz malvarlığını ilgilendiren bir uyuşmazlıkta m.20(1)'in değil m.20(2)'nin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

Bu görüş çerçevesinde, miras taksiminin konusu taşınmaz malvarlığı dahi olsa MÖHUK m.20(2)'deki terekenin bulunduğu ülke hukukunu yetkilendiren düzenlemeye göre uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir. Çalışmamız bakımından uygulayacak olursak, Türkiye'de bulunan taşınmaz malvarlığının miras payının devri sözleşmelerine konu edilmesi halinde m.20(1)'in ikinci cümlesindeki istisna düzenlemesi uygulanmayacak, bunun yerine m.20(2)'deki terekenin bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Böylece, Türkiye'de bulunan taşınmaz malvarlığı hakkında uygulanacak hukuk m.20(1)'de belirtilen taşınmazın Türkiye'de bulunması bağlama noktası yerine terekenin bulunduğu yer bağlama noktası kullanılarak tespit edilecektir. İki farklı bağlama noktası da Türk hukukunun uygulanmasını sağlayacaktır<sup>65</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türkiye'de bulunan taşınmaz malvarlığının mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelere konu edilmesi halinde her iki görüş uyarınca da Türk hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m.20'nin farklı fıkraları aynı sonucu ortaya çıkaracaktır.

Türkiye dışında bir ülkede bulunan bir taşınmaz açısından ise böyle bir incelemeye gerek yoktur. Yabancı bir ülkede bulunan taşınmaz açısından MÖHUK m.20(1)'in ikinci cümlesinde yer alan Türkiye'deki taşınmazlara yönelik özel düzenleme uygulama alanı bulmaz. Miras payının devrine dair sözleşmenin konusu yabancı ülkede bulunan bir taşınmaz ise m.20(2)'deki mirasın taksimine uygulanacak hukuk bu sözleşmenin hükümleriyle ilgili belirlemeyi yapacaktır. Bu sayede, yabancı ülkede bulunan bir taşınmazı konu edinen miras payının devrine dair sözleşme tereke olarak bu taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 43.

<sup>64</sup> EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 43.

<sup>65</sup> EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 43.

Taşınır malvarlığı açısından değerlendirdiğimizde ise, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin konusunu oluşturan taşınır malvarlığının hangi ülkede olduğu fark etmeksizin m.20(2)'de yer alan kural uyarınca terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Taşınır malvarlığının Türkiye'de bulunması halinde Türk hukuku uyarınca mirasın paylaşılmasına dair sözleşmesinin esasa dair geçerliliği belirlenecektir.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin taraflarının, yukarıda belirtildiği üzere, devreden tarafında mirasçı veya muhtemel mirasçı olabileceği gibi devralan tarafında da mirasçı veya üçüncü kişiler olabilir. MÖHUK'taki kanunlar ihtilafı kuralları bakımından devreden veya devralan tarafta kimlerin olduğunun uygulanacak hukuk bakımından bir değişiklik oluşturup oluşturmadığına da değinmek gerekir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeyi yaparak terekeyi veya miras payını devreden kişinin mirasçı veya muhtemel mirasçı olması kanunlar ihtilafı bakımından herhangi bir özellik içermemekte, bir fark oluşturmamaktadır. Buna göre, sözleşmenin devreden tarafında bulunan kişinin kim olduğuna göre uygulanacak hukuk değişmeyecektir. Her iki durumda da aynı kurala göre uygulanacak hukuk tespit edilir. Sözleşmenin devralan tarafında başka bir mirasçının bulunduğu durumda da bir farklılık yoktur. Zira mirasın mirasçılar arasında paylaşılması söz konusu olduğundan yine MÖHUK m.20'deki kurallara göre uygulanacak hukuk tespit edilir. Sözleşmenin devralan tarafında mirasçılar dışında üçüncü bir kişinin bulunması halinde ise bunun bir mirasın paylaşılmasına dair sözleşme olup olmadığına dair vasıflandırmanın yapılması gerekir. Sözleşmenin hükümleri mirasın paylaşılması düzenlemelerine ne kadar yaklaşıyorsa vasıflandırmanın o kadar mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye dair kanunlar ihtilafı kurallarına yaklaştırması gerekir. Ancak, sözleşme devralan tarafa yalnızca mirastan bir alacak hakkı veriyor, mirasın paylaşılması düzenlemelerinden ayrı olarak yalnızca bir akdi ilişki oluşturma yönündeysen miras hukukundan ziyade akdî borç ilişkilerine, hatta aynı haklara dair kanunlar ihtilafı kurallarının göz önüne alınması gerekebilir.

## 6. Kamu Düzeni

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk belirlenirken MÖHUK'un kamu düzeniyle ilgili hükmünün de göz önüne alınması gerekir. Zira yabancı hukuk, ancak Türk kamu düzeni süzgecinden geçtikten sonra uygulanabilir<sup>66</sup>. Yabancı hukukun uygulanacağını ve bunun hangi hukuk

<sup>66</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 83.



olduğunu tespit eden Türk hâkimi yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil eden MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzeni bakımından da inceleme yapılmalıdır. Bu madde uyarınca, “yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır”.

Milletlerarası özel hukuk bakımından<sup>67</sup> Türk kamu düzeninin ne olduğu ise mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Doktrinde kamu düzeni hakkında birçok tanım veya açıklama bulunmaktadır<sup>68</sup>. Mahkeme kararlarındaki tanımlamalar da farklı ifadelerle yapılmış olup<sup>69</sup> bunlardan en önemlisi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki şu ifadelerdir:

*“Kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.”<sup>70</sup>*

<sup>67</sup> İç hukuktaki kamu düzeni kavramı ile milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilaflar bakımından kamu düzeninin farklı olduğu, milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramının iç hukuktakine kıyasla daha dar ve sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz ÇELİKEL / ERDEM, s. 141.

<sup>68</sup> Kamu düzeni, “bir toplumun belirli bir zaman dilimi içerisinde siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurumlar ve kurallar bütünü olarak” tanımlanmıştır. Bkz ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 84. Bir başka tanıma göre, “bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü” kamu düzenini ifade etmektedir. Bkz ÇELİKEL / ERDEM, s. 141. Başka bir tanıda ise, kamu düzeni “toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürmesi için uyulması zorunlu olan hukuki, ahlaki ve vicdani temel prensipler bütünü” olarak tanımlanmıştır. Başka bir yazara atıfla ifade edilen bu görüş için bkz ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 120. Kamu düzeninin tanımlanmasının mümkün olmadığı da belirtilmektedir. Bkz DOĞAN, s. 258.

<sup>69</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1998 tarihli kararında “ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar(ın)” kamu düzenini ihlal eden olgular olduğu ifade edilerek kamu düzeninin çerçevesi çizilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1998/287, K. 1998/325, 06.05.1998, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024. Daha yeni tarihli ve istinaf kararı olması açısından dikkate değer başka bir kararda ise, toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukukî açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kuralların kamu düzenini oluşturduğu, devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerin, kamu düzenini ilgilendiren kurallar olduğu, kamu menfaat ve düzenini koruma amacını güden emredici kanun hükümlerine, ahlaka ve temel hak ve özgürlüklere aykırılığın, kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlar olduğu belirtilmiştir. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 17. HD., E. 2021/460, K. 2023/1560, 19.9.2023, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

<sup>70</sup> Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

Bu tanımlarda da yer alan ifadelerden görüldüğü üzere kamu düzeni, soyut ve değişken kavramlarla ifade edildiği gibi sınırlarını da kesin olarak çizmek mümkün değildir<sup>71</sup>. Bu nedenle, her somut olay bakımından, yabancı hukukun uygulanmasının somut sonuçlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığına incelenmesi gerekir. Bu bakımdan, herhangi bir hukuki işlem veya ilişkinin kategorik olarak kamu düzenine aykırılık oluşturduğu şeklinde bir belirleme yapılamaz<sup>72</sup>. Ayrıca, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı veya Türk hukukunda olmayan bir düzenleme içermesi halinde doğrudan kamu düzenine aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir<sup>73</sup>.

Kamu düzeninin müdahalesi yabancılık unsuru bulunan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde de etkisini gösterebilir. Türk hâkimi kendi ülkesinin kamu düzeninin söz konusu mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasını engellediğini tespit edebilir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun Türk hukukundan farklı düzenlemeler içermesi kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Sözleşmenin taraflarının Türk hukukunda olmayan bir usulde veya içerikte sözleşmeyi yapmış olması tek başına Türk kamu düzeninin müdahalede bulunmasına sebep olmaz. Türk hukukunda olmayan evlilik birliği dışında birlikte olan kişilerin birbirlerine mirasçı olmasıyla ilgili durum buna örnek verilebilir. Ölen kişinin evlilik birliği dışında birlikte olduğu kişinin ölen kişiye mirasçı olması nedeniyle mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin tarafı olabilmesini sağlayan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, birden çok kişiyle evliliğin geçerli olduğu yabancı hukukta mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin mirasçı olan birden çok eş arasında yapılmasına imkân sağlanması durumunda da Türk kamu düzenine uygunluk değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu örneklerde olduğu gibi Türk hukukundan farklı düzenlemelere sahip yabancı hukukun mirasın paylaşılmasına dair sözleşme bakımından doğrudan ve kendiliğinden Türk kamu düzeni müdahalesini kabul etmek hatalı olacaktır. Bunun yerine söz konusu yabancı hukukun uygulandığı mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin uygulanmasının Türk adalet, ahlak ve hukuk düzenine aykırı sonuçlar doğurup doğurmadığı değerlendirilmelidir.

<sup>71</sup> Aynı yöndeki karar için bkz İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, 17. HD., E. 2021/460, K. 2023/1560, 19.09.2023, www.lexpera.com.tr, E.T. 28.02.2024.

<sup>72</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 85, 94.

<sup>73</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 87; DOĞAN, s. 260; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 121; ÇELİKEL / ERDEM, s. 150.

Türk kamu düzeni müdahalesi nedeniyle sözleşmenin esasına uygulanan yabancı hukukun uygulanmaması için ilgili yabancı hukuk hükümlerinin somut sonuçlarının açıkça Türk kamu düzenine aykırı olması zorunludur. Siyasi, dini, ırki sebeplere dayalı olarak mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin taraflarının belirli kişilerden olamayacağını düzenleyen kanun hükümleri kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilir<sup>74</sup>. Mesela, belirli bir dinden olmayan kişiyle veya siyah ya da beyaz ırka mensup kişilerle yapılan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin geçersiz olduğunu düzenleyen yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilebilir. Hısımlık ilişkileri, evlilik birliği içinde veya dışında olma, cinsiyet gibi sebeplerle sözleşmenin esası bakımından farklılıklar yaratan yabancı hukuk da bu riskle karşı karşıyadır. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin içeriğinin bir kimseye hiç hak verilmeyeceği veya diğer tarafa oranla çok az hak sahibi olacağı şeklinde düzenlenmesini zorunlu tutan veya yalnızca erkek mirasçılar arasında mirasın paylaşılmasına dair bir sözleşme yapılabileceğinin düzenlendiği bir hukukun Türk kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşması söz konusu olabilir<sup>75</sup>. Zira bu örneklerde belirtilenler dahil haksız sebeplerle ayrımcılık oluşturan düzenlemeler Anayasamızda da düzenlenen temel eşitlik ilkesine aykırıdır<sup>76</sup>.

Yabancı hukuka tabi olan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmede bu örneklerde olduğu gibi Türk kamu düzenine aykırı düzenlemeler bulunursa bu sözleşme düzenlemelerine Türk hukukunda etki tanınmaz. Yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olarak söz konusu sözleşme hükümlerine cevaz vermesi Türk mahkemelerinde bir sonuç oluşturulmasına imkân sağlamamaktadır. MÖHUK'un kamu düzeninin müdahalesi anlayışı nedeniyle ilgili yabancı hukukun diğer hükümlerine bakılarak çözüm bulunmaya çalışılacaktır<sup>77</sup>. Yabancı hukukun diğer hükümlerinde de mirasın paylaşılmasına dair sözleşmesinin esası bakımından uygulanacak düzenleme bulunamazsa Türk hukukunun uygulanması yoluyla meselenin çözümü gereklidir. Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen ilgili bu durumda mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak yabancı hukuk yerine Türk hukuku uygulanır.

<sup>74</sup> DOĞAN, s. 379; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 85; TEKİNALP, s. 241.

<sup>75</sup> Miras hisselerinin belirlenmesinde kardeşler arasında farklılık gözetilen hükümler, evlilik dışı çocuklara hiç miras hakkı tanımayan hukuki düzenlemelerin kamu düzenini zedeler nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz TEKİNALP, s. 241; DOĞAN, s. 379.

<sup>76</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 84, 85.

<sup>77</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 101; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 131.

## 7. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Yabancı hukukun uygulanmayacağı bir başka durum ise doğrudan uygulanan kuralların alanına giren bir husus olmasıdır. MÖHUK m.6 uyarınca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir durum olduğunda mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına yabancı bir hukukun uygulanması mümkün değildir.

Devletin organizasyonu veya devletin mali, ekonomik ve sosyal politikalarıyla ilgili bu alanları düzenlemek üzere getirilmiş kurallar bulunabilir. Bu kurallar Devletin politikalarının gerçekleştirilmesi amacıyla getirilmiştir. Bu kurallar kapsamına giren meselelerde yabancı hukuk araştırması yapılmadan doğrudan uygulanırlar<sup>78</sup>.

Genel olarak miras hukuku özel olarak da makale konumuz bakımından miras yoluyla taşınmaz mal edinimi konusunda doğrudan uygulanan kuralların varlığından söz edilebilir. Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz mal edinimleri miras yoluyla olduğunda sınırlanmak üzere doğrudan uygulanan kurala konu edilmiştir<sup>79</sup>. Tapu Kanunu<sup>80</sup> m.35(1) uyarınca “Kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler.” Bu maddede belirtilen şartları sağlamayan yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla da olsa Türkiye’deki bir taşınmazı iktisap etmesi mümkün değildir. Tapu Kanunu m.35’in doğrudan uygulanan kural niteliği bu sonucu doğurmakta ve yabancı hukuk incelemesine gidilmeden uygulanması söz konusu olmaktadır<sup>81</sup>.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerde de böyle bir doğrudan uygulanan kuralın var olduğu meselede yabancı hukuk incelemesi yapılmadan doğrudan söz konusu kural uygulanacaktır. Mesela, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak taşınmazın miras yoluyla intikali bakımından herhangi bir sınırlama getirmeyen bir hukukun söz konusu olması durumunda Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları bakımından inceleme yapılması gerekir. Tapu Kanunu’nda yer alan düzenlemede olduğu gibi mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin taraflarından birine yönelik bir sınırlama söz

<sup>78</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 8.

<sup>79</sup> NALÇACIOĞLU ERDEN, s. 500.

<sup>80</sup> Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934/2892.

<sup>81</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 10-11; EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 73-74; NALÇACIOĞLU ERDEN, s. 500.

konusu olabilir. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşme kapsamında terekeye konu taşınmazı iktisap edecek gerçek kişinin bu doğrudan uygulanan kural nedeniyle taşınmazı iktisap etmesi engellenebilir.

### C. Avrupa Birliği Tüzüğü

Türk mahkemelerinde görülen davalarda, yabancılık unsuru içeren mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK haricindeki bazı düzenlemeler de belirleyici olabilir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk çerçevesinde MÖHUK'un kapsamını gösteren MÖHUK m.1(2) uyarınca “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri*” yabancılık unsuru bulunan davalarda uygulanabilir. MÖHUK karşısında milletlerarası sözleşmelerin nasıl uygulanacağı ise Anayasa’da belirlenmiştir. Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*”. Bu nedenlerle, söz konusu milletlerarası sözleşmeler milletlerarası özel hukuk alanındaki ilişkilerde doğrudan uygulanacaktır<sup>82</sup>.

Miras hukukuna dair konuları düzenleyen birçok milletlerarası sözleşme vardır. Bu konuda devletler arasında yapılmış ikili ve çok taraflı antlaşmalardan bazıları Vasiyetnamelerin Tescili Konusunda Bir Usul Kurulmasına Dair 1972 Basel Konvansiyonu, Vasiyet Tasarruflarının Şekline Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Lahey Konvansiyonu, Murisin Terekesinin Milletlerarası İdaresi Hakkında 1973 Konvansiyonu, Murisin Terekesinin İntikaline Uygulanacak Hukuk Hakkında 1989 Konvansiyonu, Milletlerarası Vasiyetnamelerin Şekli İçin Ortak Bir Hukukun Tesisine İlişkin 1973 Konvansiyonu olarak sayılabilir<sup>83</sup>. Türkiye bunlardan yalnızca Vasiyetnamelerin Tescili Konusunda Bir Usul Kurulmasına Dair 1972 Basel Konvansiyonu<sup>84</sup> ve Vasiyet Tasarruflarının Şekline Uygulanacak Hukuk Hakkında 1961 Lahey Konvansiyonuna<sup>85</sup> taraftır. Türkiye’nin Almanya, İtalya, Macaristan dahil birçok devletle yaptığı konsolosluk antlaşmaları da bulunmaktadır<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 17. Milletlerarası sözleşmelerin kanunlardan öncelikli olarak uygulanacağı da belirtilmektedir. bkz DOĞAN, s. 14.

<sup>83</sup> EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 197.

<sup>84</sup> RG 04.05.1975/15226.

<sup>85</sup> RG 17.01.1983/17391.

<sup>86</sup> EKŞİ, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, s. 75, 76; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 261; ÖZEL / ERKAN / PÜRSELİM / KARACA, s. 337.

Bu sözleşmelerin mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelere uygulanabilirliğinin sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuku doğru tespit etmek için incelenmesi gerekmektedir. Zira mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde söz konusu milletlerarası sözleşmeler de kullanılabilir. Sayılan tüm bu antlaşmalarda, mahkemelerin yetkileri, kanunlar ihtilafı kuralları, tanıma ve tenfiz konuları gibi birçok milletlerarası özel hukuk düzenlemesi yer almaktadır. Ancak konumuz bakımından açık düzenleme içermemeleri, daha sınırlı uygulamaları olması ve bazılarının güncelliğini yitirmesi nedeniyle bu antlaşmalar çalışmamızda incelenmemiştir. Buna karşılık, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk bakımından önemli hükümler ihtiva eden güncel bir AB düzenlemesi bulunmaktadır. AB Tüzüğü'nde mirasın paylaşılmasına dair konular açıkça kapsam dahilinde tutulmuştur. AB Tüzüğü en güncel AB mevzuatı olmasına rağmen kendisinden önce yapılmış ve uygulanmış olan çeşitli hukuki düzenlemelerden de etkilenmiştir<sup>87</sup>. Murisin Terekesinin İntikaline Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu bunlardan biridir<sup>88</sup>.

AB Tüzüğü, Türkiye taraf olmasa dahi, konumuz bakımından dikkate değerdir. Zira milletlerarası özel hukuk alanındaki en güncel gelişmelerden biri olan bu düzenleme, diğer birçok AB düzenlemesinde olduğu gibi, Türkiye'nin mevzuatının hazırlanması ve yargı uygulamalarında dikkate alınabilir<sup>89</sup>. Şu anda mevzuatımızda bulunmayan mirasa dair meselelerde hukuk seçimi gibi çeşitli konularda olduğu gibi mirasın paylaşılması açısından da AB Tüzüğü'nün kanun koyucu tarafından göz önüne alınması ihtimal dahilindedir. Ayrıca, Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancılık unsuru içeren miras hukukuna dair meselelerde söz konusu AB düzenlemeleri uyuşmazlıkların çözülmesine ışık tutabilecektir. Türk hâkimi önüne gelen ilgili bir davada AB üyesi bir ülkenin hukuku-

<sup>87</sup> EKŞİ, *Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation*, s. 139.

<sup>88</sup> Bu Lahey Konvansiyonu gibi Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı, Avrupa Konseyi gibi çeşitli kurumlarca oluşturulmuş ve uygulaması zaman içerisinde azalmış birçok milletlerarası anlaşma miras hukukuyla ilgili konuları düzenlemiştir. Bkz LEIN, Eva, "A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession", *Yearbook of Private International Law*, Y. 2009, C. 11, s. 108; EKŞİ, *Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation*, s. 139.

<sup>89</sup> Türk milletlerarası özel hukukunun düzenlenmesinde AB düzenlemelerinin etkili olduğu ve bunların kanun koyucu tarafından yakından takip edildiği MÖHUK'un kendisinden de anlaşılmalıdır. MÖHUK'ta yer alan düzenlemelerin AB'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin tüzüklerinden faydalanılarak veya aynen alınmış olması bu durumu göstermektedir. Aynı yönde bkz EKŞİ, *Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation*, s. 204.

nun uygulanması durumunda AB Tüzüğü'nün hükümlerini göz önüne alarak karar vermek durumunda kalabilir. AB Tüzüğü'nün anlaşılması Türk vatandaşlarının miras hukukuna dair karşılaştıkları problemlerin çözülmesinde de faydalı olacaktır. Türkiye<sup>90</sup> gibi AB üyesi olmayan ülkelerin vatandaşlarına da, vatandaşı oldukları ülke Tüzüğe taraf olmasa dahi, Tüzüğü'nün uygulanması mümkündür<sup>91</sup>. Mesela, Almanya'da yaşayan bir Türk vatandaşının mirasına, hukuk seçimi yapmadığı takdirde, ölümü anındaki mutad mesken hukuku olarak Alman hukukunun uygulanması mümkündür. Bu nedenlerle, uluslararası uygulamayı göstermek ve yabancılık unsuru bulunan davalarda miras hukukuna dair davalarda yabancı mahkemelerin hangi mevzuata göre karar verdiğini değerlendirmek gereklidir.

Tüzüğü'nün kapsamı ve içeriğiyle ilgili inceleme yaparak miras payının devri sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk bakımından uygulanabilir olup olmadığını değerlendirmekte fayda vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tüzük yalnızca miras hukukuna dair meseleler bakımından düzenlemeler getirmiştir. Miras hukukunun konu olduğu davalarda AB üyesi devletlerin mahkemelelerinin milletlerarası yetkisi<sup>92</sup>, kanunlar ihtilafı kuralları<sup>93</sup>, AB üyesi devletler arasında mirasa ilişkin mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi<sup>94</sup>, mahkeme içinde olmak üzere yapılan sulh anlaşmaları ve resmî belgelerin kabulü ile tenfizi<sup>95</sup>, Avrupa Miras Belgesinin oluşturulması konuları Tüzük'te düzenlemiştir<sup>96</sup>. Mirasın vergi, gümrük ve idare hukukuna ait konuları ile miras ile oluşturulan vakıf benzeri yapılar ve evlilik mallarına ilişkin rejimler ise Tüzük kapsamına alınmamıştır<sup>97</sup>.

Tüzük, mirasa uygulanacak hukuku üçüncü bölümü altında "Uygulanacak Hukuk" başlığı altında 20. ve 38. maddeleri arasında düzenlemiştir. Konumuz bakı-

<sup>90</sup> Türkiye AB'ye üye olmadığından Tüzüğe taraf değildir. Ayrıca, Birleşik Krallık, Danimarka ve İrlanda AB üyesi olmalarına rağmen Tüzüğü'nün uygulamasını kabul etmeyerek Tüzüğü'nün uygulamasından çıkma haklarını (*opt-out*) kullanarak Tüzüğü'nün tarafı olmaktan çıkmışlardır.

<sup>91</sup> Tüzüğü'nün oluşturulmasının amaçları arasında da aslında bu durum yatmaktadır. AB üyesi devletlerin miras hukuku sistemleri farklı olması nedeniyle, kişilerin serbest dolaşımının teşvik edildiği AB sisteminde bu devletlerin hukukundaki farklılıkların yarattığı sorunlara çözüm bulunmak istenmiştir. Böylece mirasa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak uygulama geliştirilebilir. ALTIPARMAK, s. 63.

<sup>92</sup> Madde 4-19.

<sup>93</sup> Madde 20-38.

<sup>94</sup> Madde 39-58.

<sup>95</sup> Madde 59-61.

<sup>96</sup> Ayrıca, Avrupa Mirasçılık Belgesinin (*European Certificate of Succession*) (madde 62-73) oluşturulması ve resmî belgelere ilişkin kabul şartları da Tüzük'te düzenlenmiştir.

<sup>97</sup> ALTIPARMAK, s. 64.

mından önem arz eden bu düzenlemelerin anlaşılmasına dair çeşitli açıklamalar ise Tüzüğün maddelerinden önce yer alan 83 maddelik giriş kısmında yer almaktadır.

Tüzüğün mirasa uygulanacak hukuk, *lex successionis*, konusunda getirdiği ilk kural, Tüzük kapsamında belirlenen hukukun AB üyesi devlet hukuku olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacağı yönündedir (m.20). Buna göre, genel veya özel kurallar ile hukuk seçimi ile belirlenmiş olan hukuk, AB üyesi devlet hukuku olması şartı aranmaksızın, mirasa uygulanacaktır. “Evrensel Uygulama” başlığına sahip olan bu madde sayesinde AB üyesi ülkelerde malvarlığı bulunan ve AB üyesi bir devletin vatandaşı olmayan kişilere de tüzük hükümleri uygulanabileceği gibi karşılıklılık şartı aranmaksızın üye olmayan devletlerin hukuku da mirasa uygulanabilecektir<sup>98</sup>. Ayrıca, uygulanacak hukukun belirlenmesinde uyuşmazlık konusu malvarlığının cinsi herhangi bir fark oluşturmaz<sup>99</sup>. Tereke-deki taşınır ve taşınmaz malvarlığı aynı kanunlar ihtilafı kuralına tabi olarak uygulanacak hukuk belirlenir. Aynı şekilde, malvarlığının bulunduğu ülkenin AB üyesi olup olmaması da belirleyici değildir.

“Genel Kural” başlıklı 21. maddede ise mirasın tabi olduğu genel kanunlar ihtilafı kuralı yer almaktadır. Tüzüğün getirdiği sistem çerçevesinde mirasa uygulanacak hukukta ana kural bu maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, Tüzük’te aksi belirtilmedikçe, mirasın tümüne ölenin ölüm anındaki mutad mesken hukuku uygulanır. Bir başka deyişle, AB Tüzüğü’nde miras statüsü olarak mirasın ölüm anında sahip olduğu mutad meskeni mirasının tamamına dair meselelerde uygulanacak hukuk olarak uygulama alanı bulacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, ölüm anında ölenin mutad mesken hukukundan ölene daha sıkı ilişkili bir hukuktan bahsedilebiliyorsa bu ülke hukuku mirasa uygulanacaktır. Bu istisna hükmünün uygulanabilmesi için söz konusu mirasla ilgili tüm hususların ve şartların göz önüne alınarak daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit ediliyor olması gerekmektedir.

Tüzükte yer alan genel kuralın m.21(1)’de düzenlediği bir istisna ise Tüzük’te bu genel kuralın aksinin bulunmasıdır. Tüzük’te yer alan diğer maddelerde genel kuralın aksini gösteren bir uygulanacak hukuk bulunuyorsa genel kural olarak mirasın ölüm anındaki mutad mesken hukuku uygulanmayacaktır. Bu durumda aksi yöndeki düzenlemede belirtilen hukuk uygulanacaktır. Aksi yönde-

<sup>98</sup> ALTIPARMAK, s. 66; LEIN, s. 113; KRAMAR, Sladana Aras / VUCKO, Katarina, **A Guide to the Implementation of the Succession Regulation (EU) No 650/2012**, Croatia Law Centre, 2020, s. 33.

<sup>99</sup> KRAMAR / VUCKO, s. 31.



ki bir düzenleme ise devamındaki maddede yer almaktadır. Aynı zamanda Tüzüğün getirdiği büyük yeniliklerden<sup>100</sup> biri olan hukuk seçimine imkân veren 22. madde Tüzük'teki genel kuralın aksinin kararlaştırılabileceği bir hali ortaya koymuştur. Bu düzenleme ile irade serbestisi ilkesi çerçevesinde murisin, mirasının tümüne uygulanacak hukuku seçmesi imkânı tanınmıştır<sup>101</sup>. Ancak hukuk seçimi imkânı aynı maddede sınırlandırılmıştır<sup>102</sup>. Bu sınırlandırma seçilebilecek hukuklar bakımından getirilmiş bir sınırlandırmadır. Muris, yalnızca hukuk seçimi yaptığı anda veya ölüm anında sahip olduğu millî hukuklarından birini seçebilir<sup>103</sup>.

Hukuk seçimine imkân veren bu düzenleme Türk hukuku bakımından da yol gösterici olabilir. Özellikle mirasın paylaşılmasına dair bir sözleşme yapıldığında hukuk seçimi yapılmasını geçerli kabul eden bir düzenleme MÖHUK'a eklenebilir. Zira irade serbestisinin bu sözleşmede de yansıtılabilmesi mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin taraflarının iradelerinin ortaya konulmasını ve korunmasını sağlayacaktır.

Miras payının devrine dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukun AB Tüzüğü çerçevesinde değerlendirmesini yapabilmek için Tüzükte yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamını da belirlemek gerekir. Tüzüğün 21. maddesinde yer alan genel kuralda “*mirasın tümüne*” ölüm anındaki mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>104</sup>. Aynı şekilde, Tüzüğün 22. madde-

<sup>100</sup> ALTIPARMAK, s. 64; AYGÜN, Mesut / ALTIPARMAK, Kübra, “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü'nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 143-144, s. 40; JAYME, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, **Yearbook of Private International Law**, Y. 2009, C. 11, s. 10; MAULTZSCH, Felix, “Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?”, **Journal of Private International Law**, Y. 2016, C. 12, S. 3, s. 473.

<sup>101</sup> Hukuk seçimi imkânının verilmesinin amaçlarından bir diğerinin ise AB içinde serbest dolaşımın önündeki engellerin kaldırılması olduğu da ifade edilmektedir. Bkz PATRAO, Afonso, “Party Autonomy: Removing Obstacles to Legal Diversity in the European Market”, **Market and Competition Law Review**, Y. 2019, C. 3, S. 1, s. 109.

<sup>102</sup> LEIN, s. 118.

<sup>103</sup> Bu sınırlamanın amacı, Tüzüğün giriş bölümünde 38. açıklamada, seçilen hukukla mirasbırakan arasındaki bağı korumak ve saklı paylı mirasçıların hukuki beklentilerini engelleyecek durumların önüne geçilmesi ve hukuk seçiminin geçerliliği bakımından tereddütleri azaltmak olarak açıklanmıştır. Bkz ALTIPARMAK, s. 67. Bu hükmün Murisin Terekesinin İntikaline Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu'ndan esinlenerek hazırlandığı belirtilmektedir. Bkz EKŞİ, **Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation**, s. 215.

<sup>104</sup> AB Tüzüğü'nün İngilizce asıl metninde hem 21 hem de 22. maddede “*succession as a whole*” ifadesi yer almaktadır. Tam Türkçe karşılığı “*mirasın tümüne*” olan bu ifade, terekede bulunan malvarlığının hem cinsi hem de bulunduğu yer itibarıyla bir ayrıma tabi olmadığını düzenlemek için kullanılmıştır. Miras bir bütün olarak aynı hukuka tabi kılınmıştır. Buna göre, taşınır ve taşınmaz malvarlığı aynı kurala tabidir. Aynı şekilde, terekedeki malvarlığının AB üyesi, Tüzüğe taraf veya üçüncü bir ülkeden hangisinde bulunduğuna bakılmaksızın bu malvarlığına aynı Kural uygulanacaktır. Aynı yönde bkz EKŞİ, **Comparison**

sinde yer alan hukuk seçimi yoluyla belirlenen hukukun da “*mirasın tümüne*” uygulanacağı düzenlenmiştir. Bunun bir anlamı, mirası oluşturan terekedeki farklı malvarlıklarının farklı ülkelerde bulunması durumunda hepsine birden aynı hukukun uygulanmasıdır<sup>105</sup>. Bu düzenlemenin bir başka anlamı ise taşınır ve taşınmaz malvarlığı açısından bir ayırımı yapılmamış olmasıdır<sup>106</sup>. Böylece, terekede bulunan tüm malvarlıkları hangi ülkede bulunursa bulunsun Tüzük’te belirlenmiş olan aynı hukuka tabi olacaktır.

Kapsam açısından önemli olan diğer husus ise Tüzüğe göre tespit edilen hukukun hangi konularda uygulanacağı belirlenmesidir. Tüzüğün açıklamaları içeren giriş bölümünde mirasa uygulanacak hukukun kapsamıyla ilgili belirlemeler yapılmıştır. Açıklamaların 42. maddesi şöyledir:

*“Mirasa uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukuk, mirasın açılmasından terekenin bir parçasını oluşturan varlıkların mülkiyetinin bu hukuk tarafından belirlenen lehtarlaraya devrine kadar mirası yönetir. Terekenin idaresi ve miras kapsamındaki borçlardan sorumluluk ile ilgili sorular da bu hukuk kapsamında değerlendirilir. Miras kapsamındaki borçların ödenmesi, özellikle, alacaklıların hangi sıraya göre kendilerine ödeme yapılacağı konusunu da içerir.”*

Bu açıklamalara ek olarak Tüzüğün 23. maddesinde de “*uygulanacak hukukun kapsamı*” başlığı altında genel kural ve hukuk seçimi çerçevesinde belirlenen hukukun hangi konularda uygulanacağı düzenlenmiştir. Tüzüğün 23. maddesi şöyledir:

*“(1) Madde 21 veya Madde 22 uyarınca belirlenen hukuk, mirasa bir bütün olarak uygulanır.*

*2. Bu hukuk özellikle aşağıdakileri düzenler:*

*(a) mirasın açılma nedenleri, zamanı ve yeri;*

*(b) hak sahiplerinin, paylarının ve ölen kişi tarafından kendilerine yüklenebilecek yükümlülüklerin belirlenmesi ve hayatta kalan eş veya ortağın miras hakları da dahil olmak üzere diğer miras haklarının belirlenmesi;*

*(c) mirasçılık ehliyeti;*

*(d) mirastan mahrumiyet ve davranışa bağlı çıkarılma;*

**of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac (‘PILA’) with the EU Succession Regulation, s. 143; TEKİNALP, s. 232.**

<sup>105</sup> ALTIPARMAK, s. 71.

<sup>106</sup> AYGÜN / ALTIPARMAK, s. 42; KRAMAR / VUCKO, s. 31.

- (e) mirasın kabulü veya feragatinin koşulları ve etkileri de dahil olmak üzere, terekenin bir parçasını oluşturan varlıkların, hakların ve yükümlülüklerin devri;
- (f) Madde 29(2) ve (3)'te aftta bulunulan yetkiler saklı kalmak kaydıyla, mirasçılardan, vasiyeti yerine getirenlerin ve terekenin diğer idarecilerinin özellikle malların satışı ve alacaklılara ödeme yapılması ile ilgili yetkileri;
- (g) miras kapsamındaki borçlar için sorumluluk;
- (h) terekenin harcanabilir kısmı, mahfuz hisseler ve ölüm üzerine malvarlığının elden çıkarılmasına ilişkin diğer kısıtlamaların yanı sıra ölen kişiye yakın kişilerin terekeye veya mirasçılara karşı yöneltebilecekleri talepler;
- (i) farklı hak sahiplerinin paylarını belirlerken karşılıksız kazandırmaları, avansları veya mirasları iade etme veya hesaba katma yükümlülüğü; ve
- (j) mirasın paylaşılması.”

Bu düzenlemelere göre, mirasın açılma zamanı, yeri ve mirasın açılma nedenleri, mirasta kimlerin hak sahibi olabileceği ve bunların saklı payları, mirastan çıkarma, muris tarafından yapılan ölüme bağlı tasarruflar dahil miras üzerindeki tasarrufların hükmü, tereke borçlarından sorumluluğun şartları ve hükümleri ile terekenin idaresine ilişkin hususlar dahil mirasa dair birçok konuda genel kuralın uygulanacağını söyleyebiliriz<sup>107</sup>. Tüzüğün 23. maddesinde uygulanacak hukukun kapsamında sayılan hallerden biri de (j) bendinde yer aldığı üzere “*mirasın paylaşılması*”dır.

Makalemiz bakımından önemli olan Tüzüğün 23(j) maddesinde belirtilen “*mirasın paylaşılmasından*” kastedilenin ne olduğunun belirlenmesidir. Tüzüğün diğer maddelerinde hangi işlemlerin mirasın paylaşılması anlamına geldiği düzenlenmemiştir. Buna karşılık, Tüzüğün açıklamaları içeren giriş bölümündeki 63. maddede mirasın paylaşılmasından ne anlaşılacağına dair çıkarımlar yapmamıza imkân veren ifadeler bulunmaktadır. Açıklamaların 63. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(…) Bir belgede kayıt altına alınan hukuki işlemler, örneğin, taraflar arasında mirasın paylaşımı ya da dağıtım konusunda varılan anlaşma, vasiyetname ya da mirasa ilişkin bir anlaşma veya başka bir irade beyanı olabilir. Hukuki ilişkiler, örneğin, mirasçılardan ve diğer hak sahiplerinin mirasa uygulanan hukuk uyarınca belirlenmesi, ilgili payları ve saklı payın varlığı veya mirasa uygulanan hukuk uyarınca belirlenen diğer herhangi bir husus olabilir (...)”

<sup>107</sup> ALTIPARMAK, s. 71.

Tüzüğün miras ilişkileri kapsamında hazırlanan belgeleri düzenleyen hükümlerinin açıklamasının yapıldığı bu maddeden mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler hakkında çıkarımda bulunmak mümkündür. Tüzükte tanımlanan belgeler çeşidinin açıklamasında mirasın paylaşımı konusunda yapılan anlaşmaların da bu belgelerden olduğu ortaya konulmuştur. Tüzüğün 23(j) maddesinde de mirasın paylaşılması uygulanacak hukuk kapsamındaki işlemler arasında sayılmıştır. Ayrıca, Tüzüğün 23(2) maddesinde yer alan konular tahdidi bir liste olarak sayılmamıştır<sup>108</sup>. Bu maddede sayılan konuların haricindeki mirasa ilişkin farklı meseleler de Tüzükte düzenlenen uygulanacak hukuk kapsamında belirlenmeye tabidir. Bir başka deyişle, 23(j) maddesindeki “*mirasın paylaşılması*” kavramına mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin girmediği kabul edilecek olsa dahi tahdidi olmayan bu listenin haricinde kalan bu sözleşme türünün Tüzük kapsamında olduğu söylenebilir. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, mirasın paylaşılmasına dair yapılan işlemlerden olan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin Tüzüğün kapsamında olduğu açıktır.

AB Tüzüğü'nün bu düzenlemesi MÖHUK'taki düzenlemelerden farklılık oluşturmaktadır. AB Tüzüğü'nde oluşturulan kurallar çerçevesinde belirlenen mirasa uygulanacak hukuk, *lex successionis*, genel kural olarak mirasın paylaşılmasına da uygulanacaktır. Bu sayede, mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk da AB Tüzüğü'nde belirlenen *lex successionis* olacaktır. Buna karşılık, MÖHUK'taki düzenlemeler çerçevesinde belirlenen mirasa uygulanacak hukuk, *lex successionis*, genel kural olmasına rağmen mirasın paylaşılmasına uygulanmaz. Bunun yerine, genel kurala istisna olarak getirilen düzenleme (m.20(2)) mirasın paylaşılmasına uygulanacak hukuku belirler. Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk da MÖHUK'taki ana kural ile değil istisnai düzenleme olan terekenin bulunduğu ülke hukukuna işaret eden düzenlemeye tabi olarak bulunacaktır.

Son olarak, AB Tüzüğü bakımından incelenmesi gereken husus MÖHUK'ta olduğu gibi mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun uygulanmasını engelleyen bir kamu düzeni müdahalesinin olup olmadığıdır. AB Tüzüğü'nün Kamu Düzeni başlıklı 35. maddesi bu konuyu düzenlemekte olup madde şu şekildedir:

“*Bu Tüzükte belirtilen herhangi bir Devlet hukukunun bir hükmünün uygulanması, ancak söz konusu hukukun uygulanmasının forum devletinin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilir.*”

<sup>108</sup> ALTIPARMAK, s. 71; KRAMAR / VUCKO, s. 33.

Bu maddede, AB Tüzüğü'nde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde belirlenen hukukun uygulanmasının bir istisnası oluşturulmuştur. Söz konusu hukukun uygulanmasının yalnızca mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir. MÖHUK'taki düzenlemeyle paralel içerikte olan bu maddede de soyut olarak yabancı hukukun mahkemenin hukukundan farklı olması kamu düzeni nedeniyle engellenme için yeterli görülmemiştir<sup>109</sup>. Bunun yerine, yabancı hukukun uygulanmasının somut sonuçlarının mahkemenin ülkesindeki kamu düzenine aykırı sonuçlar ortaya çıkarması gerekir. Kamu düzeninin istisnai karakteri olarak ifade ettiğimiz bu özellik AB Tüzüğü'nde de geçerlidir. Yani, genel kural yabancı hukukun uygulanması olup ancak belirtilen açıkça kamu düzenine aykırılığın varlığı halinde istisnai olarak yabancı hukukun uygulanması engellenir. Bu durum Tüzüğün 58. açıklamasında da şu şekilde belirtilmiştir:

*“Kamu düzeni, Üye Devletlerde miras konularıyla ilgilenen mahkemelerin ve diğer yetkili makamların, yabancı bir hukukun belirli hükümlerini, söz konusu hükümlerin uygulanmasının ilgili Üye Devletin kamu düzenine açıkça aykırı olacağı durumlarda istisnai olarak göz ardı etmelerine imkân sağlar. Ancak, mahkemeler veya diğer yetkili makamlar, başka bir Devletin hukukunun uygulanmasını engellemek veya başka bir Üye Devletin kararını, resmi bir belgesini veya mahkeme kararını tanımayı, kabul etmeyi veya tenfizini reddetmek için kamu düzeni istisnasını kullanamamalıdır; aksi takdirde bu durum Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına ve özellikle de her türlü ayrımcılığı yasaklayan 21. maddeye aykırı olacaktır.”*

Bu düzenlemeler gereği yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi için kamu düzenine aykırılığın açıkça olduğunun tespit edilebilmesi gerekir. Bir başka deyişle, yabancı hukukun yorumlanmasından zımnen bir kamu düzenine aykırılığın tespit edilebileceğinin değerlendirildiği durumda açıkça bir aykırılık olmadığından kamu düzeni müdahalesi gerçekleşmeyecektir. Soyut olarak bir yabancı hukuk kuralının mahkemenin hukukundan farklı düzenleme içermesi, teorik olarak aykırı sonuçlar ortaya çıkaracağının kabul edilmesi halinde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Kamu düzeni müdahalesinin yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi için her somut olayda yabancı hukukun hükümlerinin kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekir<sup>110</sup>. Ayrıca, kamu dü-

<sup>109</sup> EKŞİ, *Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac ('PILA') with the EU Succession Regulation*, s. 145.

<sup>110</sup> ALTIPARMAK, s. 86.

zeninin mahkemenin yabancı hukuku uygulamamak için başvurabileceği bir yöntem olmadığı da Tüzüğün yukarıda aynen alınan açıklama kısmında belirtilmiştir. AB'nin adil yargılanma ve mahkemeye erişimle ilgili temel haklar açısından sahip olduğu düzenleme de buna engel oluşturmaktadır.

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanan yabancı hukukun çeşitli düzenlemeleri AB Tüzüğü'nün kamu düzeni müdahalesine sebep olabilir. Mirasçılar arasında oluşturulmuş ayrımcılık içeren düzenlemeler AB Miras Tüzüğü'ne göre kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir<sup>111</sup>. Mesela, sözleşmenin cinsiyet, ırk, vatandaşlık veya din esaslarına göre yapılacak ayrımla yalnızca belli kişiler arasında yapılabileceğini öngören yabancı hukuk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilir. Yabancı hukukun saklı paya dair düzenlemeleri çerçevesinde geçerli olan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin diğer üye devlet mahkemesinin kamu düzeni müdahalesine uğraması da AB Tüzüğü çerçevesinde mümkündür. Zira, yabancı hukukun uygulanmasıyla geçerli kabul edilen mirasın paylaşılmasına dair sözleşme neticesinde ölenin küçük çocuğunun maddi kaynaklardan yoksun kalması gibi kabul edilemeyecek sonuçlar ortaya çıkması halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir<sup>112</sup>.

Genel çerçevesi itibarıyla MÖHUK'taki düzenleme ve Türk hukukunda yer alan anlayışla benzer olduğunu ifade etmekle yetindiğimiz AB Tüzüğü'ndeki kamu düzeni açısından ilgili kısımda yaptığımız açıklamaları tekrar ederek çalışmamızda bu kısımda daha fazla detaya girilmeyecektir. Özet olarak belirtmek gerekir ki, AB Üyesi Devletlerin kamu düzenine aykırı sonuçlar ortaya çıkaran mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye uygulanacak hukuk hükümleri Tüzüğün 35. maddesi çerçevesinde uygulaması reddedilebilecektir.

## SONUÇ

Mirasın paylaşılmasına dair sözleşme kavramı altında değerlendirdiğimiz miras paylaşma sözleşmesi ve miras payı üzerinde sözleşme mirasçılarının kendileri arasında ve üçüncü kişilerle terekedeki malvarlığını paylaşmak üzere yaptıkları sözleşmelerdir. Türk hukuku bakımından, TMK'da miras paylaşmanın tamamlanması ayrımı altında düzenlenmiş olan bu sözleşmelerin mirasın açılmasından önce veya sonra yapılması mümkündür.

Yabancılık unsuru bulunan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin kişi ve konu bakımından hangi hükümlere tabi olacağı, sözleşmelerin esasına dair

<sup>111</sup> ALTIPARMAK, s. 86.

<sup>112</sup> ALTIPARMAK, s. 87.

sınırlamaların neler olacağına uygulanacak hukuk Türk mahkemelerindeki davalarda MÖHUK m.20(2)'de belirtilen bağlama noktasına göre belirlenir. Mirasın taksimine ilişkin hükümlerin terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabi olduğunu belirten bu düzenleme uyarınca mirasın paylaşılmasına dair sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk, *lex successionis*, terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Zira mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler konusu itibariyle terekede bulunan malvarlığının taksim edilmesi hakkındadır.

MÖHUK m.20(2)'deki kanunlar ihtilafı kuralı taşınır ve taşınmaz malvarlığı bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır. Hem taşınır hem taşınmaz malvarlığının konu edildiği mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Yalnızca Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından MÖHUK m.20(1)'de miras statüsüne karşılık getirilen özel düzenlemenin göz önüne alınması gerekir. Türkiye'de bulunan taşınmazın Türk hukukuna tabi olduğunu belirten bu düzenlemenin m.20(2)'deki kurala da uygulanıp uygulanmayacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bu konuda farklı görüşler öne sürülebilecek olsa dahi, hangi görüş kabul edilirse edilsin sonuç aynı olacaktır. Zira m.20(2)'de yer alan kural uyarınca da Türkiye'de bulunan taşınmaz malvarlığı hakkında Türk hukuku uygulanır.

Türk mahkemesinde görülen yabancılık unsuru bulunan mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeye dair davada MÖHUK'un haricinde milletlerarası sözleşmeler de uygulanacak hukukun belirlenmesini yapabilir. Miras hukukuna dair birçok meselede milletlerarası sözleşme bulunmasına rağmen mirasın paylaşılmasına dair sözleşmeler bakımından ilgili düzenleme getiren hukuki kaynak oldukça sınırlıdır. En güncel ve Avrupa uygulamasını göstermesi bakımından Türk mevzuatına da etkisi olabilecek önemli düzenleme AB Miras Tüzüğü'dür. Mirasın paylaşılmasına dair işlemlerin kapsamına girdiğini açıkça belirten bu Tüzük uyarınca hukuk seçimi yapmak mümkündür. İrade serbestisi prensibi gereğince, muris hukuk seçimi yaptığı anda veya ölüm anında sahip olduğu millî hukuklarından birini mirasa uygulanacak hukuk olarak seçebilir. Hukuk seçimi bulunmayan hallerde ise ölenin ölüm anındaki mutad mesken hukuku uygulanır. AB Tüzüğü'nde mirasın paylaşılması bakımından özel düzenleme bulunmamaktadır. Genel kural olan hukuk seçimi ve, hukuk seçimi yoksa, ölenin ölüm anındaki mutad mesken hukuku mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku da belirleyecektir. Taşınır ve taşınmaz malvarlığı arasında veya malvarlığının hangi ülkede bulunduğuyla ilgili herhangi bir ayırımın yapılmadığı AB Tüzüğü uyarınca uygulanacak yabancı hukuk AB üyesi olmayan bir ülkenin hukuku da olabilir.

Hem MÖHUK hem de AB Miras Tüzüğü'nde yabancı hukukun mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanmasını engelleyecek bir husus olarak kamu düzeni istisnası öngörülmüştür. MÖHUK bakımından, Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk adap ve ahlak anlayışı ile Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı bir yabancı hukukun mirasın paylaşılmasına dair sözleşmenin esasına uygulanması durumunda Türk kamu düzenine aykırılık ortaya çıkabilecektir. AB Miras Tüzüğü bakımından ise Üye Devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eden yabancı hukuk düzenlemeleri kamu düzeni müdahalesi nedeniyle uygulanmayacaktır.



**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk “Ders Kitabı”**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2020.
- ALTIPARMAK, Ayşe Kübra, **İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- ANTALYA, Gökhan, **Miras Hukuku Cilt III**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, **Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, Aybay, 2001.
- AYGÜN, Mesut / ALTIPARMAK, Kübra, “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğü’nde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 143-144, 29-56.
- AYGÜN, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, **DEÜ-HFD**, Y. 2014, C. 16, 1025-1066.
- BARAN ÇELİK, Neşe, **Milletlerarası Unsurlu Ölümüne Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.640-682) Cilt-III**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Baskı, Savaş Kitap, Ankara, 2022.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- EKŞİ, Nuray, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- EKŞİ, Nuray, “Comparison of Articles 20 and 43 of the Turkish Private International Law and Procedural Law Ac (‘PILA’) with the EU Succession Regulation”, **Turkish and EU Private International Law: A Comparison**, Ed. Paul BEAUMONT, Burcu YÜKSEL, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- GÜNGÖR, Gülin, **Türk Milletlerarası Özel Hukuku: Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- JAYME, Erik, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, **Yearbook of Private International Law**, Y. 2009, C. 11, 1-10.
- İRGE ERDOĞAN, Burcu, “5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 20, S. 1, 397-430.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2018.
- KRAMAR, Sladana Aras / VUCKO, Katarina, **A Guide to the Implementation of the Succession Regulation (EU) No 650/2012**, Croatia Law Centre, 2020.
- LEIN, Eva, “A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession”, **Yearbook of Private International Law**, Y. 2009, C. 11, 107-142.
- MAULTZSCH, Felix, “Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?”, **Journal of Private International Law**, Y. 2016, C. 12, S. 3, 466-491.
- NALÇACIOĞLU ERDEN, Hümeyra Zeynep, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Devletin Mirasçılığı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 13, S. 2, 491-505.
- NOMER, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÖZEL, Sibel / ERKAN, Mustafa / PÜRSELİM, Hatice Selin / KARACA, Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- PATRAO, Afonso, “Party Autonomy: Removing Obstacles to Legal Diversity in the European Market”, **Market and Competition Law Review**, Y. 2019, C. 3, S. 1, 91-131.
- SARIKAYA, Murat, “Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 24, S. 2, 805-832.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- TEKELİOĞLU, Numan, **Miras Paylaşma Sözleşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TEKİNALP, Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif, “Türk Miras Hukukunda Mirasın Kazanılmasında Halefiyet Türleri ve Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yansımaları”, **İÜHF**, Y. 2015, C. 73, S. 2, 357-390.

# Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Bakımından Ticarî Satış Kavramına Dair Düşünceler<sup>(\*)</sup>

Thoughts on the Concept of Commercial Sales in Terms of  
Turkish Commercial Code and Turkish Code of Obligations

İbrahim Akan ÖZDEMİR<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Gerek ihtiyaçlarımızı giderme, gerekse mesleki olarak kazanç elde etmek gayesiyle tarafı olduğumuz alım-satım işlemleri, günlük hayatımızın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Ticari hayatın içerisinde, kazanç elde etme amacıyla satış işlemlerinin tarafı olan aktörler, ticari alanda ihtiyaç duydukları çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlik açısından hukuki altyapı oluşturulması adına haklı bir beklenti içerisine girmektedirler. Bu beklentiye cevap verebilmek adına, özellikle ticari vasıf taşıyan satış işlemleri bakımından yasa koyucunun ticari satışlar hususunda taraflara belirli bir takım özel imkanlar sağladığı gözlenmektedir. Söz konusu olanakları kullanabilmek hususunda, öncelikle satış sözleşmesinin ticari vasıfta olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Bir satış sözleşmesinin ticari niteliğe sahip olup olmadığının tayini açısından, TTK ve TBK hükümlerinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. TTK hükümlerine bakıldığında ticari satış olarak kabul edilecek alanın oldukça dar tutulduğu anlaşılmaktadır. TBK düzenlemelerinden hareketle ticari satış kavramına dair özel imkanların, bu dar alanın dışında ve ticari hayatın daha geniş bir kısmında kullanılması, piyasada ihtiyaç duyulan çabukluk, esneklik ve güvenlik gibi unsurları sağlayabilecektir. Bu kapsamda çalışmamızda TTK ve TBK hükümlerinin konuya ilişkin görünümünde vasıf tayini bakımından sorun oluşturan durumlar tespit edilmeye gayret edilmiştir. Ardından bir satış işleminin ticari satış kavramına dahil edilmesi hususundaki kıstaslara değinilmiş, bunlar üzerinden kavrama ilişkin yasal hükümlerin geniş yorumlanması ihtimallerine yönelik bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

## Anahtar Kelimeler:

Ticari Satış, Olağan (Adi) Satış, Satış Sözleşmesi, Tacir, Esnaf.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.02.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 31.05.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1493778>

Bu makaleye atf için: ÖZDEMİR, İbrahim Akan, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Bakımından Ticarî Satış Kavramına Dair Düşünceler", **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 671-687

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Gör., Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep - Türkiye  
E-posta: [akanozdemir@gantep.edu.tr](mailto:akanozdemir@gantep.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8146-0775>

**Abstract:**

Buying and selling transactions that we are involved in, both to meet our needs and to gain occupational earnings, constitute a crucial part of our daily lives. In commercial life, actors who are parties to sales transactions, especially for the purpose of making a profit, have justified expectations for the creation of a legal infrastructure in terms of the promptness, flexibility, predictability, effectiveness, and security they need in commercial area. In order to meet this expectation, it is observed that the legislature provides certain special opportunities to the parties regarding commercial sales, especially in terms of commercial sales transactions. Being able to use these opportunities first requires a determination that the sales contract is of commercial nature. When we look at the provisions of the TCC, it is understood that the area that will be considered as commercial sales is quite constricted. Based on the TCO regulations, ways to use the special opportunities related to the concept of commercial sales outside this constricted area and in a wider part of commercial life will provide the elements such as promptness, flexibility, and security needed on the market. In this context, in our study, we have tried to identify the situations that create problems in terms of qualification determination in the views of the TCC and TCO provisions on the subject. Then, the criteria for including a sales transaction in the concept of commercial sales were mentioned and on the possibilities of broad interpretation of the legal provisions regarding the concept.

**Keywords:**

Commercial Sales, Ordinary Sales, Sales Contract, Trader, Tradesman.

**I. GİRİŞ VE SORUNUN ORTAYA KONULMASI**

Ticari satış kavramına dair yasal düzenlemeler açısından ilk olarak aklı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md.23 ile Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.212 ve 213 hükümleri gelmektedir. Hükümlerin içeriğine bakıldığında bir satış ilişkisinin ticari satış niteliğinde olması halinde, olağan/adi satış sözleşmesine nazaran bir takım özel imkanların ihdas edildiği görülmektedir. Söz konusu hükümlerdeki ortak paydayı ticari satış kavramı oluşturmaktadır. Çalışmamızda, TTK md.23 düzenlemesinde ayrıca yer verilen, tacirler arası mal değişimlerine ilişkin hususlar açısından bir değerlendirme yapılmamıştır.

Ticari satış olarak nitelenebilme hususunda TTK hükümlerinin teknik olarak kısıtlayıcı ölçüde dar kıstaslar öngördüğü gözlenmektedir. TTK md.23 hükmünde yer almakta olan ve tarafların tacir olması gerekliliğini öngören ifade, yapılan alım-satımın ticari amaçla yapılmış olsa dahi -örneğin taraflarından biri veya her ikisinin esnaf olması halinde- söz konusu özel hükümlerin kullanılmasını engeller niteliktedir.

Bu anlamda TBK md.212 ve 213 hükümlerinin geniş yorumlanmaya açık tavrı, muhtemel birtakım sorunların çözümü açısından kıymet kazanmaktadır. Bu yorum şeklinin mümkün olabileceğine dair kabulün neticesi, ticari yani kazanç elde etmek gayesiyle yapılacak bazı satışlarda, ticari satış kavramına dair hükümlerin uygulanabilme ihtimalini gündeme getirecektir. Ancak geniş yo-

rumlanma imkanı sorgulanırken, bunun makul bir çerçeve dahilinde kullanılması gerektiği ise gözden uzak tutulmamalıdır. Netice olarak ticari satışlara özgülenmiş düzenlemelerin geniş bir perspektifle kullanılma imkanı, “*ilgililerin*” kapsamını da genişletmek suretiyle, ticari hayatta ihtiyaç duyulan çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlik olgusuna daha çok kişinin erişimini mümkün kılabilecektir.

## II. SATIŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Satış sözleşmesi olgusu, TBK md.207 hükmünde “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” ifadeleriyle tanımlanmaktadır.

Satış sözleşmesinin kurulması için gerekli husus, tarafların -sözleşmenin esaslı noktaları olan- satılan mal ile satış bedelinin değış tokuşu hususunda karşılıklı olarak anlaşmaya varmalarıdır<sup>1</sup>. Borç doğuran, kural olarak ani edimli ve tam iki tarafa borç yükleyen -sinnalagmatik- bu sözleşme türüne göre satıcı, sözleşme konusu malın zilyetliği ile mülkiyetini alıcıya devretme; alıcı da kararlaştırılmış olan satış bedelini satıcıya ödeme borcu altına iradi, rızai ve karşılıklı olarak girmektedir<sup>2</sup>.

Satış sözleşmesi ile mülkiyeti karşı tarafa geçirme borcu olan “*taahhüt işlemi*” yanında, kazandırıcı (tasarrufi) işlem niteliğindeki “*malın teslim edilmesi*” gündeme gelecektir<sup>3</sup>. Söz konusu sözleşmenin konusunu alacak haklarının oluşturması ihtimalinde satılanın mülkiyetinin geçirilmesi alacağın temliki ile mümkün olabileceken, taşınmazlarda tescil vasıtasıyla sağlanabilecektir<sup>4</sup>. Taşınır satışı açısından teslim ise -zilyetliğin devri (TMK md.977)- veya teslim yerini tutacak işlemlerin yerine getirilmesi (TMK md.978 vd.) neticesinde mül-

<sup>1</sup> TANDOĞAN, Halük, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Basım, C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 78; HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 62; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 51 vd.; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 68 vd.; ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 32 vd.; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 49; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 16.

<sup>2</sup> YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 49 vd.; TANDOĞAN, s. 78; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 30; ARAL / AYRANCI, s. 71; GÜMÜŞ, s. 16, 17; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 50 vd.; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 33 vd.

<sup>3</sup> TANDOĞAN, s. 78-79; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 29; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 49; GÜMÜŞ, s. 16; ERZURUMLUOĞLU, s. 35, 36.

<sup>4</sup> 13. HD, E. 1981/2510, K. 1981/3784, 14.05.1981, Lexpera, E.T. 28.01.2024; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 30; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 53.

kiyetin geçirilmesi yoluyla mümkün olacaktır. Satış sözleşmesinin konusunu ise, bir malvarlığının tamamının, eşya niteliği olmayan bir sırrın, fikri hakların, ekonomik menfaatlerin ve hatta mülk edinilmeye elverişli olabilecek doğal kuvvetlerin oluşturması mümkündür<sup>5</sup>.

### III. TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN TİCARİ SATIŞ KAVRAMI

Ticari satış ifadesine gerek TTK, gerekse TBK'da yer verilmiş olmasına rağmen, söz konusu kavramın içeriğine dair yasa koyucu tarafından herhangi bir tanımlamanın yapılmadığı gözlenmektedir.

Ticari satış kavramı TTK hükümleri açısından değerlendirildiğinde öncelikle, yasadaki ticari satış ve mal değişimine ilişkin düzenleme olan TTK md.23 hükmü göze çarpmaktadır. TBK md.23 hükmünün içeriğine bakıldığında, “*kısmi ifa*”, “*alıcının temerrüdü*” ve “*ayıplı ifa*” ihtimallerine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiş olduğu görülmektedir. Hükme göre -madde içeriğinde tespit edilen özel durumlar saklı kalmak üzere- tacirler arasında sözleşmeye konu edilebilecek olan “*satış*”lar açısından, TBK'da yer almakta olan satış sözleşmesine dair düzenlemelerin de uygulanacağı ifade edilmektedir.

Söz konusu yasa maddesi “*tacir*” üst başlığı altında yer alan “*tacir olmanın hükümleri*” bahsine dair düzenlemeler içerisinde yer almaktadır<sup>6</sup>. Tacir, “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi*” olarak nitelenmektedir (TTK md.12). Bir tacirin taraf olduğu satış işleminin “*ticari*” olması asıl olmakla birlikte (TTK md.19/1), taraflardan yalnızca birisi bakımından ticari olan satış sözleşmesi -yasada aksine hüküm yoksa- diğer taraf için de “*ticari*” olarak kabul edilecektir (TTK md.19/2). Ayrıca “*ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller*” ticari iş olarak değerlendirilecektir (TTK md.3).

Ancak tacirin taraf olduğu satış işlemi onun ticari işletmesiyle ilgili olmadığına karşılık bildirildiği ya da bu hususun mevcut durumdan bu anlaşıldığı hallerde, artık satış işlemi ticari değil, yasanın ifadesiyle “*adi*” olarak değerlendirilecektir (TTK md.19/1-son). Bu kıstas gerçek kişi tacir açısından geçerli olacaktır. Hüküm gerçek kişi tacirin yapmış olduğu işlem ve fiillerin prensip olarak ticari nitelikte olduğuna ilişkin “*adi karine*” oluşturmaktadır<sup>7</sup>. Tüzel kişi

<sup>5</sup> TANDOĞAN, s. 79; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 49, 59; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 52.

<sup>6</sup> TTK md.1534/1 hükmüne göre yasa metninde maddelere ait kenar başlıkları da metne dahildir.

<sup>7</sup> BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011, s. 60.

tacirin taraf olduğu satış işlemlerinin tamamı, -tüzel kişi tacirin ticari olmayan “adi” alanı söz konusu olamayacağından- ticari satış olarak nitelenecektir<sup>8</sup>.

Netice olarak TTK hükümlerine göre bir satış işleminin “ticari” nitelikte değerlendirilebilmesi için, tarafları tacir olan bir sözleşmenin varlığı gerekecektir<sup>9</sup> (TTK md.23). Hemen belirtmek gerekir ki, hükümde yer alan “tacirler arasında” ifadesi, lafız itibarıyla TTK md.19/2 hükmü ile uyumsuzluk oluşturmaktadır<sup>10</sup>. Taraflardan en az biri için ticari iş niteliğinde olan bir sözleşme diğer taraf için de ticari iş sayılacağından, bu ihtimalde satış işleminin ticari vasıfta değerlendirilmesi mümkün olacaktır (TTK md.19). Ancak TTK md.23 hükmünde yer alan “tacirler arası” ifadesi neticesinde taraflarından yalnızca biri tacir olan sözleşme ticari satış olarak kabul edilecek ise de, bu sözleşmeye TTK md.23 hükümleri uygulanamayacaktır<sup>11</sup>. Çünkü TTK md.19’da taraflarından yalnızca biri için ticari nitelikte olan sözleşmelerin diğer taraf için de ticari iş sayılması, yasa da aksine hüküm bulunmaması koşulluna bağlanmıştır.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise, TTK md.12 hükmü gereğince tacir vasfının tayini açısından kıstas olarak belirlenen “ticari işletme” kavramının düzenlendiği TTK md.11 hükmü olacaktır. Söz konusu hükümde ticari işletme, “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla satış işleminin TTK’ya göre ticari satış olarak değerlendirilebilmesi için, satış işleminin tarafı olan tacirin, esnaf işletmesi için öngörülen sınırın<sup>12</sup> üzerinde gelir sağlamayı hedef tutan işletmenin “kısmen de olsa kendi adına işleteni” olması gerekecektir<sup>13</sup>. Buradan çıkarılacak sonuç ise, -söz

<sup>8</sup> İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 21; ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Yirmi üçüncü Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 70; KAYAR, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 69. Bu ihtimalde “ticarilik karinesi” artık mutlak manada olacaktır. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; BOZER / GÖLE, s. 60.

<sup>9</sup> ARKAN, s. 168; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 158; ŞAHİNİZ, C. Salih, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 22.

<sup>10</sup> Madde metnindeki ifade tarzının neden olduğu uyum sorunu hususunda bkz. POROY / YASAMAN, s. 158, 159; ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 289, 290.

<sup>11</sup> ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289.

<sup>12</sup> TTK md.11/2 hükmü gereğince bu sınır, “tacir vasfının kazanılabilmesi” için kişilerin elde edeceği gelir açısından Cumhurbaşkanlığı kararname ile belirlenecek olan en az miktar olarak tespit edilmiştir.

<sup>13</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler hususunda bkz. ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 157 vd.; POROY / YASAMAN, s. 37, 38; BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 19 vd.

konusu belirlenmiş sınırın altında kalan- “*esnaf işletmesi*”nin taraf olduğu satış sözleşmelerinin TTK’ya göre ticari satış olarak değerlendirilemeyecek olmasıdır.

Örneğin bir araç satışına dair sözleşmenin ticari satış vasfında olup olmaması, otomobili alanın amacı ve mesleğine göre değişkenlik gösterebilecektir. Satın alanın, -otomobil alım-satımı işini meslek haline getirmiş olsa dahi- esnaf işletmesi sınırını aşacak düzeyde geliri bulunmadığı durumlarda -tacir sıfatı kazanamayacağından- TTK md.23 hükmüne göre bu işlem ticari satış olarak kabul edilemeyecektir<sup>14</sup>. Halbuki TTK md.15’deki tanımlamaya göre esnaf, “*ekonomik faaliyetini*” mesleki olarak “*ticaretle uğraşarak*” yani alım-satım yaparak yürüten kişi olarak nitelenmektedir<sup>15</sup>.

Böylelikle “*tacir*” dahi olsa gerçek kişilerin -Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) md.3/k hükmünde “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanan- “*tüketici sıfatı*” ile tarafı olduğu satış, nitelik itibariyle “*adi satış sözleşmesi*” olarak kabul edilecek<sup>16</sup> ve TKHK hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> ARKAN, s. 168; ŞAHİNİZ, s. 21.

<sup>15</sup> Aynı doğrultuda bkz. KOCAR, Serra, **Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018, s. 13. Esnaf işletmesi ile ticari işletme/tacir vasfının tayinine ilişkin olarak, özellikle ticari faaliyete yeni başlamış bir işletme açısından, belirli bir sınır üzerinde gelir elde kıstası belirleyici bir kriter olamayacaktır. Böylesi bir durumda esnaf ve tacir sıfatına ilişkin ayırım yapılırken, ticari faaliyette bulunanın belli düzeyde gelir sağlama hedefine yönelik “*niyet ve iradesine*” bakılması gerektiği ifade edilmektedir. BAHTİYAR, s. 22, 23. Bunun yanında *Demirkapı* tarafından tacir olmanın hüküm ve sonuçlarının önemi göz önünde bulundurulduğunda, esnaf işletmesinin tespiti hususunda esnaf kavramının bu kadar belirleyici olmasının birtakım sorunlara sebep olduğu ve TTK’nın merkez kavram olarak ticari işletme kavramını tercih etmesiyle de uyumsuzluk oluşturduğu ileri sürülmektedir. Yazar bu sorunun çözümü için TTK’da esnaf işletmesini tanımlar nitelikte bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu dile getirilmektedir. DEMİRKAPI, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 433 vd. Bu konuya ilişkin sorunun, TTK md.11/2 de öngörülen kararname çıkıncaya kadarki dönem için geçerli olacak 2007/12362 sayılı Karar üzerinden değerlendirilmesi hususunda bkz. KIRCA, İsmail, “Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”nın Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. XXIV, 2007, S. 2, s. 293-304.

<sup>16</sup> KOLLER, Alfred, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel, 2019, Art.190, N.8.

<sup>17</sup> ADIGÜZEL, Burak, **Tacirler Arası Ticari Satış**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 34 vd. Tüzel kişi tacirin tüketici sıfatı bulup bulunmayacağı ve böylece TKHK hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı hususunda ise, doktrinde ihtilaf söz konusudur. Bir görüşe göre, tüzel kişinin adı alanı olamayacağı ve yalnızca gerçek kişi tacir açısından tüketici sıfatının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. ARKAN, s. 70; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; POROY / YASAMAN, s. 72; BOZER / GÖLE, s. 60. Bu görüşe katılan *Aslan*’a göre, TKHK md.3/k hükmünde tüketici olarak tüzel kişiler de zikredilmiş olmasına rağmen, buradaki tüzel kişi ifadesiyle ise sadece ticari amaç gütmeyen tüzel kişilerin kastedildiği ileri sürülmektedir. ASLAN, İ. Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 7-8. Buna karşın aksi yöndeki fikre göre, tüzel kişilerin tüketici sıfatına



#### IV. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME

TBK md.212 hükmünün içeriğine bakıldığında ticari satış kavramı hakkında düzenlenmiş bir hüküm olmasına rağmen, söz konusu kavramın tanımına dair bir ifade bulunmadığı gözlenmektedir. Hükümde satışın konusunu oluşturan şeyin zilyetliğinin devri hususunda bir süre belirlenmiş olması ihtimalinde, artık bir “*kesin vade*”nin varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Böylelikle alıcı tarafından her hangi bir ihtara veya ek süre verilmesine gerek olmaksızın, satıcıdan sözleşmeye aykırılık tazminatı talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

Zilyetliğin devri hususunda ileri bir tarihin belirlenmesi durumunda, satış sözleşmesinin tarafları, satış konusu ürünün fiyatında meydana gelebilecek dalgalanmalar açısından ticari anlamda risk almış olacaklardır. Satıcının temerrüdü halinde, alıcıya TBK md.212 ve md.213 hükümleriyle sağlanmış olan, satılanın devrinden çabuk ve kolayca vazgeçerek, zararını talep edebilme imkanı, - özellikle hükmün işaret ettiği ticari satışlar açısından- bu riske karşı bir korunma niteliğindedir<sup>19</sup>. Bu bakımdan, ticari satış işlemleri açısından da TBK md.212 ve md.213 hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır<sup>20</sup>.

TBK md.212'nin ifade tarzına bakıldığında, ticari satışlarda tarafların amaçladıkları çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenliğe dair beklentilere cevap verebilmek adına böylesi bir düzenlemenin tercih edildiği söylenebilecektir<sup>21</sup>. Gerçekten de TBK md.212 hükmüne bakıldığında, satışın konusunu oluşturan şeyin tesliminin gecikmesi halinde -adi satıştan farklı olarak- beklenen faydanın yitirilmiş olduğu ve alıcının, zilyetliğin devrinden vaz-

---

sahip olamayacağı yönünde bir ön kabulün doğru olmayacağı, TKHK md.3/k düzenlemesinde de ifade edildiği üzere, “*ticari veya mesleki amaçlar dışında*” hareket edildiği hallerde tüzel kişi tacirin de tüketici sıfatına sahip olduğunun kabulü ile TKHK hükümlerinden faydalanabileceği ifade edilmektedir. AK-TÜRK, İpek Yücer, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, 2016, S. 2, s. 114, 115.

<sup>18</sup> HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 78. Burada TBK md.212 hükmü ile yasa koyucunun sağladığı imkan gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü TBK md.124/3 hükmüne göre kesin bir vadenin mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için, -kural olarak- yalnızca belirli bir ifa günü tayini yeterli olamayacaktır. Vadenin taraflarca ayrıca sözleşmenin önemli bir unsuru olduğunun da kararlaştırılması gerekmektedir. Ancak TBK md.212 düzenlemesi ile başkaca bir şartın gerçekleşmesine gerek olmaksızın -tıpkı TBK md.117/2 hükmündeki gibi- satış işlemi doğrudan kesin vadeli olarak kabul edilmektedir. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 103.

<sup>19</sup> Aynı doğrultuda bkz. ATAMER, Yeşim M., “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1, s. 145 vd.

<sup>20</sup> FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C. I, 4. Basi, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 243.

<sup>21</sup> HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 78; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 155.

geçerek uğramış olduğu zararının tazmini imkanını tercih edeceğinin karine olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>22</sup>. Burada yasa koyucunun amacı, ticari satışlar açısından özellikle kesin vadeli işlemlerin ispatına yönelik zorluğun aşılması yanında oluşturulmaya çalışılan çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlik neticesinde alıcının kazanç elde etme imkanına kolayca ulaşabilmesi olarak nitelenebilir<sup>23</sup>.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, ticari satış kavramının dar yorumlanması gerektiği ve konusu satılmak üzere alınmış olan mallara ilişkin dahi olsa, bu satış sözleşmelerinin ticari satış olarak kabulünün mümkün olamayacağı ileri sürülmektedir<sup>24</sup>. Bu fikre gerekçe olarak TTK md.3/1 hükmünün çok açık bir biçimde ticari işlerin nasıl saptanacağını ortaya koyduğu ifade edilerek, artık bu durumun yorum yoluyla genişletilmesinin de Türk Hukuk sisteminde kabul edilemeyeceği savunulmaktadır<sup>25</sup>.

Yaygın olan diğer görüşe göre ise, TBK md.212 ve 213 hükümlerinde yer alan “*ticari satış*” kavramının, TTK’da dile getirilmiş olan ticari satış ifadesinin karşıladığı anlama göre daha geniş manada değerlendirildiği gözlenmektedir<sup>26</sup>.

Bu yöndeki geniş yorumlamanın gerekçelerine bakıldığında ise, birden fazla hususun öne sürüldüğü görülmektedir. Bir kısım yazarlar tarafından satış işleminin, satılan çeşidinden olan malların satışını kendisine “*meslek edinmiş*

<sup>22</sup> YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 103.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, s. 135-136; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, 154-155; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 109; GÜMÜŞ, s. 45.

<sup>24</sup> ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289; ADIGÜZEL, s. 31, 36, 37. Satış işleminin ticari satış olarak değerlendirilebilmesi için her iki tarafın muhakkak tacir olması gerektiğine dair görüş hususunda bkz. CİNDORUK AYHAN, Cansu, **Ticari Satış**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 24.

<sup>25</sup> TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler**, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 17-18 (Bkz. TK md.23’e ilişkin açıklamalar TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 17, 18; ADIGÜZEL, s. 31, 36, 37; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289; CİNDORUK AYHAN, s. 24.

<sup>26</sup> KOLLER, BSK OR I, Art.190, N.7; SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 251; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 71; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 108; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 103; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 156; GÜMÜŞ, s. 44; ARAL / AYRANCI, s. 99. Yasa koyucunun ticari satış açısından TBK hükümlerinde, TTK düzenlemelerine nazaran, daha esnek ve alıcıyı daha çok korumaya yönelik geniş yorumun benimsendiği bir yaklaşım ortaya koyduğu hususunda bkz. BİLGİN YÜCE, Melek, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **MÜHF-HAD Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, (3-4 Haziran 2011) 2012, s. 384-386; ARIKAN, Mustafa, “Ticari Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK m.18/III Hükümünün Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD Özel Sayı**, C. 18, S. 2, 2012, s. 12, 13; ÇETİNER, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İMHFM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 106, 107.

*kişiler*” arasında gerçekleşmesi halinde ticarî satışın söz konusu olacağı dile getirilmektedir<sup>27</sup>. Bu görüşe göre tacirler arasındaki satışlar yanında, iki esnaf arasında ya da taraflarından birinin esnaf diğeri de bir tacir olduğu satışın da meslek edinenler arasında söz konusu olması nedeniyle ticarî satış olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, satış sözleşmesinin alıcı tarafında yer alan kişinin satın almış olduğu şeyi “*yeniden satmak veya kiraya vermek suretiyle kazanç sağlamak amacı taşıdığı*” satışlar da ticarî satış kavramı içerisinde kabul edilmek için yeterli görülmektedir<sup>28</sup>. Bu yaklaşımın ticarî satış kavramını geniş yorumlamakla mümkün olabileceği, böylece de TTK’da yer alan ticarî satış kavramından daha kapsamlı olduğu ifade edilmektedir<sup>29</sup>. Bunun yanında bazı yazarlarca, satın alınma işleminin yeniden satış amaçlı olduğunu, “*satıcının*” anlayabilmesi gerektiği, alıcının tacir olması halinde ise bu kıstasın var olduğunun kabul edileceği ileri sürülmektedir<sup>30</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, yeniden satma ve kazanç sağlama amacının olmadığı durumlarda, -örneğin restoran işletmecisi olan alıcı tacirin ticarî işletmesinin faaliyetleri için aldığı kahve makinesini satma amacı olmadığından- ticarî satıştan söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>31</sup>. Bu ihtimalde söz konusu satış işlemi TTK md.3 ve md.19/2 hükümleri doğrultusunda -TBK md.212 hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın- ticarî satış vasfında kabul edilmelidir<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 108; TAMER, Hüseyin, “Ticarî Satımlar ve Hukukî Sonuçları”, **Sakarya University of Applied Sciences, Journal of Business and Trade**, 2(1), 2001, s. 19; ÖZDAMAR, Emine, “Ticarî Satışlarda Temerrüde İlişkin Özel Durumlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 87, 2013, s. 16.

<sup>28</sup> YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102, 103; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 156; ARAL / AYRANCI, s. 99; GÜMÜŞ, s. 43, 44; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 108. İsviçre’de ticarî satış kavramının “*ticarî alış verişi*” deyimini karşılar nitelikte geniş yorumlandığı hususunda bkz. KOLLER, BSK OR I, Art.190, N.7,8; TANDOĞAN, s. 131, 132; SEROZAN, s. 251. İngiliz doktrinine bakıldığında ise, ticarî satış kavramının tespitinde ürünün satıldığı müşterinin niteliği kıstas olarak kabul edilmekte ve doğrudan tüketiciye satışın söz konusu olmadığı satış işlemlerinin ticarî satış olarak nitelenmesi hususunda bkz. KLEINALTENKAMP, Michael / PLINKE, Wulff / WILKINSON, Ian / GEIGER, Ingmar, (Editors) **Fundamentals of Business-to-Business Marketing, Mastering Business Markets**, Springer Text in Business and Economics, Berlin-Sydney, 2015, s. 129-130.

<sup>29</sup> EREN, s. 71; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 156, dph. 365.

<sup>30</sup> KOLLER, BSK OR I, Art.190, N.9.

<sup>31</sup> KOLLER, BSK OR I, Art.190, N.8; Benzer bir örnekten yola çıkılarak, tacirin satma amacıyla değil de ticarî işletmesinde kullanmak üzere almış olduğu bir ürüne ilişkin satış işleminin TBK md.212’ye göre ticarî satış olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. DOĞAN, Nazlı, **Tacirler Arası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5.

<sup>32</sup> Aynı doğrultuda bkz. YILMAZ, s. 78; DOĞAN, s. 5.

TBK md.213 hükmüne bakıldığında ise, ticari satışta satıcının temerrüdü ihtimaline ilişkin zararın giderimi açısından tespit edilecek bedele dair unsurları düzenlemektedir. Bu hüküm yardımıyla TBK md.212 hükmünde yer almakta olan ve sözleşmeye aykırılık tazminatı olarak nitelenen bedelin tespitinde özel ve pratik bir yöntem öngörülmektedir<sup>33</sup>.

## V. KAVRAMIN YORUMLANMA İHTİYACI

Bir satış işleminin, olağan/adi satış yerine ticari satış hükümlerine dahil edilmesindeki özellik, ticari hayatta ihtiyaç duyulan çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlik gibi unsurlar açısından yasa koyucu tarafından ticari satım kavramına yönelik özgülennmiş imkanların ilgili kişi tarafından kullanılması olacaktır. Bu ilgili kişinin satış sözleşmesinin taraflarından hangisi olacağı; -TTK md.23 hükmüne göre- “kısmi ifa”, “alıcı temerrüdü” ve “ayıplı ifa” -TBK md.212 hükmüne göre- “borçlu temerrüdü” ihtimallerine dair sorunlar açısından değişkenlik gösterebilecektir.

Ticari satış kavramının içeriğine, -tarafların tacir olması ve satış işleminin ticari işletmeleriyle ilgili olması halinde- TTK’da ticari iş olarak nitelenen satışların dahil olduğu hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır<sup>34</sup>. Ancak satış işleminin tacirin ticari işletmesiyle “ilgili” olup olmadığının tespiti her zaman kolay olamamaktadır.

Ancak bu yorum tarzının mutlak ve ticari satış açısından tek geçerli çerçeve olduğunun kabulü, konuya ilişkin kapsayıcı ve esnek bakış açısının getirebileceği kolaylık imkanından yoksun kalmak anlamına gelebilir. Yasa koyucunun, ticari satış kavramının TTK’daki dar ve teknik anlamda sınırlı vasfını genişletmek adına konuyla ilgili daha esnek bir perspektif sunmak amacı ile TBK md.212 ve 213 hükümlerini ihdas ettiğini söylemek mümkündür<sup>35</sup>.

Gerçekten de, -yukarıda da değindiğimiz üzere- özellikle TTK md.23/1 hükmündeki her iki tarafın tacir olmasına dair ifade, ticari satış kavramının kullanım alanını bir hayli daraltmaktadır. Oysa kanun koyucunun TBK md.212 ve md.213 hükümlerinde ticari satış kavramı açısından tarafların tacir olması ge-

<sup>33</sup> HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 78.

<sup>34</sup> Yargıtay kararlarına bakıldığında da, özellikle tarafların tacirlerin oluşturduğu satış işlemlerinin ticari satış olarak nitelendirildiği görülmektedir. 19. HD, E. 2019/1138, K. 2019/5002, 06.11.2019; 19. HD, E. 2017/3797, K. 2019/1557, 12.03.2019; 19. HD, E. 2017/3609, K. 2018/6737, 19.12.2018, Yargıtay, E.T. 28.01.2024.

<sup>35</sup> ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 156; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 108.

rektiğine dair bir koşul yahut TTK md.23 hükmüne atıf yapmak suretiyle ticari sözleşme kavramını her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler ile kısıtlamadığı görülmektedir. Böylece tarafları tacir olmayan ticari ilişkilerde de -ticari satış kavramına dair özel hükümler ihdas edilerek ulaşılması amaçlanan- çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenliğin daha geniş bir alanda kullanımını önünde bir engel bulunmadığı söylenebilir.

Ancak Yargıtay tarafından, TBK md.212 hükmünden hareketle verilen kararlarda, bir malın satılmak üzere satın alınması halinde söz konusu satış işleminin ticari satış olarak nitelenmesine dair bir karara da rastlanılmamaktadır<sup>36</sup>.

## VI. KAVRAMIN GENİŞ YORUMLANMASINA DAİR DEĞERLENDİRME

Bir görüşe göre, ticari iş kavramının belirlenmesi hususunda, TBK'da yer almakta olan hükümler açısından dahi, TTK md.3/1 ve TTK md.19 hükümleri doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu iddiaya gerekçe olarak TTK'daki bu hükümlerin çok açık bir tavır ortaya koyduğu ve Borçlar Hukuku öğretisinde kabul edilmekte olan “*tekrar satılmak üzere alınmış olan mala ilişkin*” satış sözleşmesinin ticari sayılacağına dair yaklaşımın kabul edilemez olduğu ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

Bu doğrultudaki yorum dayanağını ticari satış kavramına ait TTK'daki teknik ve dar anlamdaki nitelenmeden almaktadır. Ancak kavrama ilişkin TBK'da yer alan hükümlerden hareketle, yasa koyucunun ticari satış kavramının etki alanını genişletmeye ilişkin bir amacının olup olmadığının da sorgulanması gerekir.

Borçlar Hukuku öğretisindeki satılmak üzere alınan mala dair satış sözleşmesinin “*ticari satış*” olarak nitelenmesi ile TTK hükümleri uyarınca “*ticari iş vasfındaki satış*” kavramındaki “*ticari*” nitelmesi aynı manada değildir. Burada tıpkı TTK md.15/1 hükmüne göre “*ticaretle uğraşan kişi*” olmasına rağmen “*esnaf*”ın TTK hükümlerine göre “*tacir*” olarak kabul edilmemesi gibi teknik bir farklılık söz konusudur. Böylelikle örneğin TTK md.15 hükmünde belirtildiği üzere ticaretle uğraşmasına rağmen yine hükümdeki koşul nedeniyle -TTK md.11/2 uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırın altında kaldığı için- esnaf olarak nitelenecek kişi hakkında, tarafı olduğu satış sözleşmesi açısından TBK md.212 ve 213 hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorgulanmalıdır.

<sup>36</sup> ADIGÜZEL, s. 30.

<sup>37</sup> Bkz. yukarıda dpn. 23.

İki esnaf arasındaki yahut bir esnaf ile bir tacir arasındaki satış işleminin, TTK md.19/1 hükmünde ifade edildiği üzere, işletmeleriyle ilgili ve tekrar satmak üzere satın aldığı mala ilişkin satış işleminin de, ticari satışlar açısından yasa koyucunun oluşturmayı amaçladığı çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlikten faydalanma imkanı engellenmemelidir<sup>38</sup>. Böylelikle borçlar hukuku öğretisinin savunduğu yaklaşım, TTK hükümlerine veya Türk Hukuk sistemine bir müdahale olarak görülmemelidir<sup>39</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu bakış açısının TTK md.23 hükmü ile TBK md.212 ve md.213 hükümlerindeki özel düzenlemelerin ticari hayatı kolaylaştırmak üzere “*ilgililerce*” kullanılabilmesini sağlama gayreti olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>40</sup>. Böylece örneğin tacir olmayan bir alıcının, yeniden satmak üzere borsa aracılığıyla şirket payı alması durumunda bu satışın ticari satış olarak nitelendirilebilmesi mümkün olacaktır<sup>41</sup>.

Bu anlamda ayrıca -ticari satış ortak paydasından hareketle- “*kısım kısım yerine getirilmesi öngörülmüş olan sözleşmeler*” açısından TBK bağlamındaki satış sözleşmelerinde de TTK md.23 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması kabul edilmelidir<sup>42</sup>. TTK md.23/1-a hükmüne göre tarafların tacir olması, bir ön koşul olarak ihdas edilmiş ise de, kısım kısım yerine getirilmesi mümkün olabilecek olan satışlar açısından söz konusu sözleşmelerin TBK’da yer almaması göz önünde bulundurulduğunda TTK md.23 hükmünden faydalanabilmek gerekir<sup>43</sup>.

Bir diğer değerlendirmenin ise, satış konusu olan şeyin yeniden satılmak üzere ve kazanç sağlamak amacıyla alınıp alınmadığı hususunda yapılması gerekir. Böy-

<sup>38</sup> Aynı doğrultuda bkz. TANDOĞAN, s. 131; NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkey, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Kısım, Özel Borç İlişkileri**, C. I, Satış Sözleşmesi, I. Fasikül, Giriş-Madde 207-214,245, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 112-113; SEROZAN, s. 251; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; GÜMÜŞ, s. 45; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 108; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 39-40.

<sup>39</sup> Aksi görüş için bkz. ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289.

<sup>40</sup> *Nomer Ertan* tarafından ticari satış kavramının tespitinde TBK’da yer almakta olan hükümlerden hareket edilemeyeceği ve kavramın dar yorumlanmak suretiyle “*ticari iş*” kavramıyla paralel olarak değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmesine rağmen, TTK md.23 hükmünün TBK hükümleri doğrultusunda özellikle kısım kısım yerine getirilebilecek sözleşmeler açısından uygulanması gerektiği dile getirilmektedir. ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289-290.

<sup>41</sup> KOLLER, BSK OR I, Art.190, N. 8; YILMAZ, Elif Merve, **Ticari Satışta Satıcının Temerrüdü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019, s. 65.

<sup>42</sup> TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 17, 18 (Bkz. TK md.23’e ilişkin açıklamalar); ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 290; BOZER / GÖLE, s. 250; TAMER, s. 19.

<sup>43</sup> BOZER / GÖLE, s. 250; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 289; ÖZDAMAR, s. 18.

lelikle satış işleminin TBK'ya göre “*ticari*” olarak nitelenebilmesi için satışın “*kazanç amacıyla*” yapılmış olmasının yeterli görülmesi doğru bir tercih olacaktır. TBK md.212 ve md.213 hükümlerindeki “*ratio legis*” göz önünde bulundurulduğunda, bu hükümlerin kazanç amacı güdülmesi, yani satın alınan malın tekrar satılması ihtimali doğrultusunda düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır<sup>44</sup>.

Bu bakış açısını destekler nitelikte ayrıca, TBK md.213 hükmündeki “*pratik tazminat hesaplama yönteminin*” ticari nitelikte olmayan, “*olağan satım sözleşmelerinde*” de uygulanabileceği dile getirilmektedir<sup>45</sup>. Bununla birlikte satış işleminin kazanç amacıyla yapılmamış olduğu hallerde -yani tacir olmamaları halinde- dahi, tarafların karşılıklı olarak kararlaştırmak suretiyle TBK md.212/2 ve 213/3'te yer alan ticari satışa ilişkin hükümlerden faydalanabilmeleri de mümkün olacaktır<sup>46</sup>.

## VII. SONUÇ VE ÖNERİLER

TTK'da yer almakta olan “*tacir*”, “*ticari iş/karinesi*”, “*ticari işletme*” kavramlarına dair hükümler ile birlikte özellikle TTK md.23 düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda; tarafları tacir olan bir satış işleminin, ticari işletmelerini ilgilendirmesi halinde, ticari satış olarak değerlendirileceği hususunda ihtilaf bulunmamaktadır.

Satış ilişkisinin özellikle TTK hükümlerine göre ticari satış olarak nitelendirilemeyeceği hallerde, ticari satış kavramının sağladığı kolaylıklara ulaşabilme hususunda, TBK md.212 ve 213 hükümlerindeki “*ratio legis*” açısından bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

Özellikle ticari hayatın içerisinde, alım-satım yapmak suretiyle aktif olarak yer almasına rağmen tacir sıfatına sahip olmayanlara, -örneğin esnaf iletmeleri işletenlere- taraf oldukları satış sözleşmeleri açısından yasa koyucunun amaçladığı muhtemel kolaylıklardan faydalanma imkanı tanınmalıdır. Böylece ticari hayatın gereklerinden olan çabukluk, esneklik, öngörülebilirlik, etkililik ve güvenlik unsurlarına dair kolaylıkların yalnızca tacirler arasında kullanılması taassubu yerine, “*ilgili*” kişilerin kullanımı açısından ticari hayatın daha geniş bir kısmına yayılması sağlanabilecektir. Kaldı ki TBK md.212 ve md.213 hükümlerine bakıldığında bu konuda bir engelin de bulunmadığı görülmektedir.

<sup>44</sup> YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102; TANDOĞAN, s. 132.

<sup>45</sup> HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 78; SEROZAN, s. 252.

<sup>46</sup> TANDOĞAN, s. 132; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 102.

Bu yayılmanın ise, ticari alan çerçevesi içerisinde tutulması gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Satış işleminin ticari satış olarak kabulü hususunda, makul, ölçülü ve kontrollü olunması gerekecektir. Alım-satım işleminin meslek olarak yapanlarca, “*kazanç elde etmek*” amacıyla ve tekrar satılmak üzere alınan bir ürün açısından yapılmış olmasının birer koşul olarak öngörülmesi bu anlamda makul bir sınırlama olacaktır. Söz konusu kıstaslara uygun satış işlemlerinde tarafların, -tacir olmamasına rağmen- ticari satış kavramı için yasa koyucunun öngördüğü özel hükümlerden faydalanması mümkün olabilmelidir. Bu yöndeki bir bakış açısının, ticari alan içerisindeki küçümsenemeyecek konumları gereği TTK md.15 hükmünde tanımlanan “*esnaf*” kavramı açısından kıymetli olacağı göz ardı edilmemelidir.

Günümüzde hızla değişmekte olan gündem karşısında hukukun kazuistik yöntemden olabildiğince uzaklaşma çabasına hak vermemek mümkün değildir. Ancak çalışma konumuz açısından bakıldığında, mevcut durum itibariyle TBK ve TTK’da bir takım sonuçlar bağlanmış ticari satış kavramının sınırlarının daha belirgin hale getirilme ihtiyacı ortadadır.

Her iki yasa açısından bakıldığında “*ticari*” vasfının, piyasada “*ticari amaçla*” yapılmakta olan alım-satım fonksiyonunu mu yoksa taraflarını muhakkak tacirlerin oluşturduğu alım-satım işlemlerini mi nitelediğine dair belirsizlik ve hatta çelişki söz konusudur. Böylesi bir sorunun çözümünün ise uygulama ve doktrine bırakılmasının, makul sonuçlar vermeme riski daha kuvvetli görünmektedir.

Netice olarak hukukun genelliği, kesinliği ve güvenliği ilkelerine hizmet etmek üzere, ticari satış kavramının sınırlarının daha somut çizilebilmesi gerekmektedir. Böylelikle uygulamaya yönelik, söz konusu kavram hakkında TBK ve TTK hükümleri açısından hukuki tutarlılık ve yeknesaklık oluşturmak adına yasa koyucunun soruna müdahalesine ihtiyaç olduğu söylenmelidir.



**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak, **Tacirler Arası Ticari Satış**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ARIKAN, Mustafa, “Ticari Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK m.18/III Hükümünün Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD Özel Sayı**, C. 18, S. 2, 2012, s. 11-18.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Yirmi üçüncü Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.

ASLAN, İ. Yılmaz, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2015.

ATAMER, Yeşim M., “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalman Kâr Talebi ile İlişkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1, s. 137-160.

AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

BİLGİN YÜCE, Melek “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **MÜHF-HAD Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu III, (3-4 Haziran 2011), 2012, s. 371-408.

BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2011.

CİNDORUK AYHAN, Cansu, **Ticari Satış**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÇETİNER, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFH**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 97-114.

DEMİRKAPI, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 371-441.

- DOĞAN, Nazlı, **Tacirler Arası Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku**, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C. I, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- KAYAR, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KIRCA, İsmail, “Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayırımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”nın Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C. XXIV, 2007, S. 2, s. 293-304.
- KLEINALTENKAMP, Michael / PLINKE, Wulff / WILKINSON, Ian / GEIGER, Ingmar, **Fundamentals of Business-to-Business Marketing, Mastering Business Markets**, Springer Text in Business and Economics, Berlin-Sydney, 2015.
- KOCAR, Serra, **Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018.
- KOLLER, Alfred, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel, 2019.
- NOMER, Haluk Nami / ENGİN, Baki İlkey, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Kısım, Özel Borç İlişkileri**, C. I, Satış Sözleşmesi, I. Fasikül, Giriş-Madde 207-214,245, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 39-58.
- ÖZDAMAR, Emine, “Ticari Satışlarda Temerrüde İlişkin Özel Durumlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 87, 2013, s. 14-24.
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

- ŞAHİNİZ, C. Salih, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Türk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- TAMER, Hüseyin, “Ticari Satımlar ve Hukuki Sonuçları”, **Sakarya University of Applied Sciences, Journal of Business and Trade**, 2(1), 2001, s. 17-27.
- TANDOĞAN, Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Basım, C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- YILMAZ, Elif Merve, **Ticari Satışta Satıcının Temerrüdü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019.
- YÜCER AKTÜRK, İpek, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, 2016, S. 2, s. 103-128.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Lexpera).
- [www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr) (Yargıtay).



# Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler<sup>(\*)</sup>

An Intermediate Category Formed by the Transformation of  
Labour Relations: Economically Dependent Workers and the  
Evaluation of Turkish Law on the Case of Italian Law

Olgu ÖZDEMİR ERTÜRK<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Gelişen çalışma hayatı içerisinde işverenlerin iş modelleri ve yönetim biçimlerindeki değişiklikler, çalışma ilişkisinin yeniden ele alınmasını gerektirmiş, böylece iş hukuku da süreçte evrilmiştir. Çalışma yöntemlerinin çeşitlenmesinin yanı sıra çalışma eyleminin kendisinin geçirdiği dönüşümle ortaya çıkan bir başka soru, korumanın kime sağlanacağı olmuştur. Günümüzde işgücü piyasalarındaki değişiklikler ve dışsallaştırma uygulamaları, bağımlı istihdam ve kendi hesabına çalışma arasındaki sınırları bulanıklaştırmıştır. Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde işçi nitelen-dirmesi yapılması çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Özellikle teknolojinin iş hayatında yaygın kullanımı, fiziksel ve kişisel bağımlılığı zayıflatarak, iş hukukunun geleneksel kavramlarına meydan okumaktadır. Ayrıca bağımsız çalışan kişiler de geleneksel iş görme modellerinin yerine daha çeşitli şekillerde faaliyet göstermeye başlamışlardır. Yeni iş modellerinin gelişimi, ekonomik olarak bağımlı çalışanların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kişiler, gelirleri için büyük ölçüde tek bir işverene bağımlı olmalarına rağmen resmi olarak bağımsız kabul edilmektedirler. Bu çalışma, ekonomik olarak bağımlı çalışanlar kavramını, özellikle İtalya'daki hukuki düzenle-melerin gelişim süreci üzerinden incelemektedir. İtalya'nın uzun yıllardır uyguladığı ve zaman içinde ihtiyaçlara göre şekillendirdiği sistem, benzer çalışma kültürüne sahip olması nedeniyle Türk Hukuku için uygulama örneği teşkil edebilecek ve sonuçlarının değerlendirilmesi ile ders

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.06.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 12.08.2024

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545344>

Bu makaleye atf için: ÖZDEMİR ERTÜRK, Olgu, “Çalışma İlişkilerinin Dönüşümü ile Oluşan Bir Ara Kategori: Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanlar ve İtalyan Hukuku Örneği Üzerinden Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler”, **İMHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 689-740

<sup>(\*\*)</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Antalya - Türkiye

E-posta: [olgu.ozdemir@antalya.edu.tr](mailto:olgu.ozdemir@antalya.edu.tr)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2453-642X>

alınabilecek niteliktedir. Ayrıca çalışmada, Türk Hukukunda gri alanda kalan faaliyetlere dair güncel Yargıtay kararlarına değinilerek, iş görme eyleminin niteliği belirlenmekte güçlük çekilen kişiler açısından ara statünün kabulünün olası etkileri ve güncel kararların yarattığı hukuki belirsizlik ele alınarak çözüm önerileri sunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler:

Ekonomik Bağımlı Çalışan, İşçi Benzeri Çalışma, İş Hukuku, İtalyan Hukuku, Sahte Serbest Çalışma.

### Abstract:

The evolution of business models and management has necessitated a reassessment of the labour relationship. Consequently, the labour law has undergone a process of evolution. A question that has emerged with the transformation of the act of work is to whom protection will be provided. The blurring boundaries between dependent and self-employment has been a consequence of latest changes in labour markets and externalisation practices. The concept of employment relationship has encountered various difficulties in almost all legal systems, particularly in the context of the widespread use of technology in business life, which challenges the traditional labour law by weakening physical and personal dependence. Additionally, the system witnessed the emergence of economically dependent workers, who are officially recognised as independent, although they are largely dependent on a single employer for their income. This study analyses the concept of economically dependent worker through the development of legal regulations, particularly in Italy. The system, which Italy has been implementing for years and been shaped according to the necessities over time, can serve as an example for Turkish Law since it has a similar labour culture and can be taken as a lesson by evaluating its results. Furthermore, by referring to the recent Court of Cassation decisions regarding the grey area in Turkish Law, the possible effects of the acceptance of the intermediate status for those who are in the grey zone, to be measured, and the legal uncertainty created by the current decisions are also discussed in the study.

### Keywords:

Economically Dependent, Employee-Like Worker, Labour Law, Italian Law, False Self-Employment.

## GİRİŞ

Çalışma eylemi Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmeden önce, lordlar adına tarlalarda çalışan serfler veya evde hizmet eden tebaa tarafından yürütülüyor veya kendi adına çalışan kimselerin ürünleri veya hizmetleri, ücreti karşılığında alınıyordu. Sanayi Devrimi ile kişi, kendi rızasıyla bir başkasının işinde çalışmaya ve gelirini bu şekilde elde etmeye başlamıştır. Bu eylemin özel hukuk sözleşmesi olarak normatif düzenlemeye kavuşması, liberal düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmış ve Roma Hukukundan gelen bir anlayışla kira sözleşmesi<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Fransız Medeni Kanunu'nun kodifikasyonu sürecinde kişilerin özgür iradesini esas alan liberal bir hukuk anlayışından hareket edilmiştir. İş sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak tasarımı ise kira sözleşmesi temelinde olmuştur. Buna göre iş sözleşmesi, aslında işçinin hizmetini kiralaması olarak öngörülmüş ve temelini Roma Hukukunda *locatio operarum*'dan almıştır. Bu, daha genel bir kategori olan *locatio conductio*'nun (kira) özel bir uygulaması olarak görülebilir. *Locatio rei* (şeylerin kiralınması) ile *lo-*

temeline oturtulmuştur. Bu tercih, doktrinde eleştirildiği üzere iş ilişkisinin yapısı için uygun düşmemiştir. Örneğin kiralayanın (işverenin) kiralananı (hizmet-emek) iade etmesi mümkün değildir. Kiralananın kişinin emeği mi yoksa fiziksel bedeni mi olduğu da doktrinde fikir ayrılığına yol açmıştır. Bu nedenle “bağımlılık” (*la subordination*) kavramı geliştirilmiş ve hukuki ilişkinin bağımlılığa dayandığı kabul edilmiştir; ki bu kavram da sözleşmeler hukukunun ana prensibi olan sözleşme serbestisi temeline aykırılık teşkil etmektedir<sup>2</sup>. Öte yandan işçinin iradesini sınırlandıran, tabiiyete dayanan bu ilişki, sanayileşmenin getirdiği iş bölümüne uyum göstermiştir<sup>3</sup>. Geleneksel algı, -yetişkin bir erkek olan- işçinin<sup>4</sup> çalışma süresinin tamamını işverenin “işyerinde” geçirdiği, fiziksel gözetimi altında bulunduğu, saatlerini orada doldurduğu, birlikte çalıştığı diğer kişilerle beraber molaya çıktığı belirgin bir bağımlılık görünümü sunmuştur<sup>5</sup>. İş ilişkisi bu geleneksel model üzerine kurulmuştur. Bu nedenle işçi denildiğinde öncelikle geleneksel çalışma modeli ile iş gören bir kimse anlaşılmıştır.

İletişimin, bilimin ve teknolojinin gelişimi ile paralel olarak işgücünün kullanımı sürekli bir değişim geçirmiştir. İş modelleri çeşitlenmiş, seri üretim yapmak üzere tasarlanmış Fordist-Taylorist organizasyon modelinden<sup>6</sup>, çok katmanlı ve parçalı organizasyonlara doğru bir değişim başlamıştır<sup>7</sup>. İstihdamın dışsallaşması uygulamaları, bu değişimin önemli bir parçasını oluşturmuştur. Ticari ilişkiler serbesti kazanmış ve yeni modellere ihtiyaç duyuldukça serma-

*catio operis faciendi* (işin kiralınması) arasında bir ayırım yapılmıştır. Aslında 17. yüzyılda *locatio operarum*'u *locatio conductio*'nun özel bir kullanımı olarak görme yorumu geliştirilmiş ve çalışma ilişkilerinin hukuki temeli, Fransız Medeni Kanunu'na bu yorumuyla entegre edilmiştir. THOLOZAN, Olivier, “Le contrat de travail. Révision du louage de service en droit français.”, *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, C. 2014-5, S. 28, 2015, s. 2200.

<sup>2</sup> GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 4, S. 2, 1997, s. 101-102.

<sup>3</sup> THOLOZAN, s. 2207.

<sup>4</sup> HEPPLER, Bob / VENEZIANI, Bruno, *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Bloomsbury Publishing, 2009, s. 114.

<sup>5</sup> GÜZEL, s. 85; KUBAN, Arzu, “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 49; DOĞAN, Sevil, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 99.

<sup>6</sup> SUPLOT, Alain / CASAS, María Emilia / DE MUNCK Jean / HANAU, Peter / JOHANSSON, Anders L. / MEADOWS, Pamela / MINGIONE, Enzo / SALAIS, Robert / VAN DER HEIJDEN, Paul, “A European Perspective on the Transformation of Work and the Future of Labor Law”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, C. 20, 1998, s. 622.

<sup>7</sup> PERULLI, Adalberto, “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, s. 137; THÖRNQUIST, Annette, “False Self-Employment and Other Precarious Forms of Employment in the Grey Area of the Labour Market”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, C. 31, S. 4, 2015, s. 411.

yeye karşı emeği koruma amacıyla hareket eden<sup>8</sup> iş hukukunda esneme ihtiyacı artmıştır<sup>9</sup>. Teknolojik gelişmelerin yanı sıra ekonomik sıkıntı dönemleri de iş-gücü masraflarını azaltmak isteyen işverenler bakımından dışsallaşmaya yönelme dönemleri olmuştur. İşverenler işçileri koruyucu düzenlemelerin yarattığı maliyetler nedeniyle yapısal değişikliğe gitmektedirler.

Kimi zaman bu değişiklik, “dışarıdan” hizmet almaya devam etmek üzere iş sözleşmelerinin feshedilmesi yönünde olabilir<sup>10</sup> veya “freelance” olarak adlandırılan, çalışanın serbestçe kendi hesabına birden çok iş sahibine iş görerek çalıştığı bir modelde, eski işverenle iş birliğini sürdürmesi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>11</sup>. İşverenler, yeni kişilerle yeni hukuki ilişkileri de “hizmet ortağı”, “iş ortağı” gibi sıfatlarla kurabilmektedirler. Bu kişiler, tek bir iş sahibiyle sürekli iş birliği içinde olsalar dahi “serbest çalışan” olarak adlandırılmaktadırlar. AB istihdam piyasasında serbest çalışma çok uzun süredir bir gelir kaynağı olarak kullanılmakta ve iş sözleşmesine dayanan geleneksel çalışmanın yerine geçecek şekilde büyüyen bir paya sahip olmaktadır. OECD verilerine göre AB üye ülkelerinde 2021 yılında toplam işgücünün %15,21’inin bağımsız çalışanlardan oluştuğu tespit edilmiş; İtalya’da bu oran %21,83 iken Türkiye’de bu oran 2020 yılı için %30 olarak belirlenmiştir<sup>12</sup>. Çok çeşitli meslek veya iş gruplarından kişiler bu sayılara dahildir; örneğin hem doktorluk gibi nitelikli işleri icra eden kişiler, hem de herhangi bir eğitim, vasıf gerektirmeyen paket teslimat hizmeti yürütenler bağımsız çalışan olarak nitelendirilmektedir<sup>13</sup>. Görüldüğü üzere bu kişiler tek tip bir çalışma eylemi yürütmeyip, çok çeşitli işleri çeşitli şekillerde görmektedirler.

İş hukukunun gelişim sürecinde devletin bu ilişkiye müdahale etmesi sonucu getirilen hükümlerin varlık amacı, sözleşme taraflarından güçsüz olanı korumaktır<sup>14</sup>. Kural olarak bağımsız çalışan kişiler, işçi gibi “zayıf taraf” olarak

<sup>8</sup> GÜZEL, s. 84.

<sup>9</sup> KUBAN, s. 47.

<sup>10</sup> Doktrinle yapılan ampirik çalışmalarda da iş güvencesine dair düzenlemeler ile kıdem tazminatı gibi istihkaklarındaki artışın, işverenle iş birliğine devam edecek şekilde serbest çalışmaya geçişi pozitif etkilediği bulunmuştur, bkz. ROMÁN, Concepción / CONGREGADO, Emilio / MÍLLÁN, José María, “Dependent Self-Employment as a Way to Evade Employment Protection Legislation”, **Small Business Economics**, C. 37, S. 3, 2011, s. 382.

<sup>11</sup> GÜZEL, s. 86; ROMÁN / CONGREGADO / MÍLLÁN, s. 363.

<sup>12</sup> “Employment - Self-employment rate - OECD Data”, (Çevrimiçi) <https://data.oecd.org/emp/self-employment-rate.htm>, E.T. 13.06.2024.

<sup>13</sup> THÖRNQUIST, s. 413.

<sup>14</sup> KUBAN, s. 48; PEDERSİNİ, Roberto / COLETTI, Diego, “Self-employed workers: industrial relations and working conditions”, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2009, s. 2, (Çevrimiçi) <https://boa.unimib.it/handle/10281/25762>, E.T. 06.06.2024.



görülmez ve onların hizmet verdikleri kimselerle kurdukları ilişkiler, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanlarını ilgilendirmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki güç eşitsizliği düşüncesiyle getirilen koruyucu düzenlemeler kural olarak uygulanmaz; tarafların eşit olduğu görüşü doğrultusunda hareket edilir. Ancak bu kişilerin geleneksel anlamda serbest çalışan olarak tamamen özgür iradeleriyle sistem dışında kalmadıkları düşünüldüğünde akla gelen en önemli soru, korunmaya ihtiyaç olup olmadığıdır<sup>15</sup>. Çalışması hem işçiye hem de bağımsız çalışana benzeyen kimseler bakımından yeknesak bir çözüm bulunamamıştır. İşçi ve bağımsız çalışan kavramlarının arasında yaşanan bu gelgit dolayısıyla, üçüncü bir ihtimalin mümkün olup olmadığı sorgulanmıştır. Bu nedenle çalışmamızda, çeşitli hukuki sistemlerde bu koruma ihtiyacını gidermek üzere tasarlanan “ekonomik olarak bağımlı çalışan” (“*economically dependent worker*”) ara kategorisi İtalyan Hukukundaki düzenlemeler üzerinden incelenmiş ve gri alanda yer aldığı kabul edilen kişilerin farklı bir nitelendirmeye tabi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## I. ÇALIŞMA İLİŞKİSİNİN TARİHSEL SÜREÇTEKİ DÖNÜŞÜMÜ

### A. Bağımlı ve Bağımsız Çalışma Arasındaki Ayrımın Bulanıklaşması ile Oluşan Gri Alanlar

İş görme eyleminin kural olarak iki görünümü vardır, bunlardan biri “bağımlı çalışma”, diğeri ise “bağımsız (veya serbest) çalışma” olarak adlandırılmaktadır<sup>16</sup>. Birçok sistemde “bağımsız çalışma” kavramı, bir hukuk kuralı ile tanımlanmamış<sup>17</sup>; iş sahibi ve iş gören kimse arasındaki bağımlılık unsurunun<sup>18</sup> yokluğunda, bağımsız çalışma olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle aradaki ilişkinin niteliği birçok hukuk sisteminde bağımlılık kavramının incelenmesi yo-

<sup>15</sup> EROL, Abdullah, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı**, Gazi, Ankara, 2021, s. 2.

<sup>16</sup> ALPAGUT, Gülsevil, “Özel Sağlık Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Hukuki Statüsü ve Çalışma Koşulları”, **Özel Sağlık Sektöründe Çalışma Biçimleri: Sözleşmeler**, Ed. Hasan OĞAN, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, İstanbul, 2019, s. 25; YILDIZ, Gaye Burcu, “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, Ed. Kübra DOĞAN YENİSEY, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 782.

<sup>17</sup> Alman Hukukunda ise uzun bir süre, iş sözleşmesi veya işçi için bir tanım olmadığı için değerlendirmenin Ticaret Kanunu paragraf 84’te yer alan ticari acente tanımının mefhum-u muhalifinden yapıldığı hakkında bkz. WAAS, Bernd, “The New Legal Status of Independent Contractors: Some Comments From a German Perspective”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 39, S. 3, 2018, s. 628.

<sup>18</sup> EKONOMİ, Münir, **İş Hukuku Ferdi İş Hukuku**, C. I, 3. bs, İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1984, s. 73-74; GÜZEL, s. 85; KUBAN, s. 48; DOĞAN, s. 98; KAYA, Aydın, “Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 141, 2019, s. 312.

luyla tespit edilmiştir<sup>19</sup>. Genel olarak bu düalist sistem esas olmakla birlikte, bazı hukuk sistemlerinde üçüncü bir ara statüye de yer verilmektedir. Bu konuya aşağıda<sup>20</sup> değinilecektir.

İş hukukunun borçlar hukukundan ayrıştığı dönemde yasama faaliyetleri sürecinde iş sözleşmesinin tanımı içerisinde bağımlılık unsuruna yer verilmiştir<sup>21</sup>. Bağımlılık unsuru temelde doktrindeki görüşler ve onları değerlendiren yargı kararları ile somutlaştırılmıştır<sup>22</sup>. Mahkemelerce bağımlılık unsurunun somut olayda bulunup bulunmadığını değerlendirmek için hukuk sistemlerince kabul görmüş iki yaklaşım izlenmektedir. İlki, Kıt'a Avrupası sisteminde kabul gören iş sözleşmesini tanımlama ve somut olayın bu tanım ile ne derece örtüştüğünü tespit etme (tipolojik yöntem) yaklaşımı<sup>23</sup>; ikincisi ise genellikle Anglo-Sakson sisteminde kabul görmüş olan, eldeki somut olayın bağımlı veya bağımsız çalışmaya özgü nitelikleri içerip içermediğini test etme (kontrol testi) yaklaşımıdır<sup>24</sup>. Her iki yöntemde de ilişkiyi ayırt etmek için, iş sahibinin iş gören üzerinde hiyerarşik güce sahip olup olmadığı araştırılmaktadır.

İş sözleşmesi, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin kendisini güç dengesizliği nedeniyle gösteremediği bir sözleşme türüdür. Doktrinde Güzel'in ifadesiyle iş hukuku ekseninde bir "iktidar sorunu" yer alır<sup>25</sup>. İş sözleşmesinin farklı ülkeler ve hukuk sistemlerinden etkilenmeksizin ortaklık gösteren en önemli özelliklerinden biri, işverenlerin işçiler üzerindeki hiyerarşik gücüdür. Bu güç kendini üç şekilde gösterir; ilki, işçilere emir ve talimat verme, onları belirli işleri yapmakla görevlendirme yani 'yönetim yetkisi'dir. İkincisi, bu görevleri yerine getiren işçiyi denetleme, emir ve talimatlara uyup uymadığını gözetleme, bir diğer deyişle 'kontrol yetkisi'dir. Üçüncüsü ise belirli görevleri yerine getirmede ihmali yahut kasdi davranışta bulunan işçilerin üzerindeki 'disiplin yetki-

<sup>19</sup> COUNTOURIS, Nicola, "The Employment Relationship: A Comparative Analysis of National Judicial Approaches", **The Employment Relationship: A Comparative Overview**, Ed. Giuseppe CASALE, 2011, s. 39-40; Birçok üye devlette ara kategoriye ilişkin düzenlemeler olmasına karşın, ABAD'ın da ikili sistemi esas aldığı yönünde, bkz. KOUNTOURIS, Nicola, "The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope", **Industrial Law Journal**, C. 47, S. 2, 2018, s. 211.

<sup>20</sup> Bkz. İkinci Bölüm.

<sup>21</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Basım, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 337.

<sup>22</sup> GÜZEL, s. 85.

<sup>23</sup> WAAS, s. 629.

<sup>24</sup> 19. yüzyıldan bu yana uygulanan bu yaklaşımın gelişimi ile ilgili bkz. STEVENS, Gerald M., "The Test of the Employment Relation", **Michigan Law Review**, C. 38, S. 2, 1939, s. 190.

<sup>25</sup> GÜZEL, s. 101.

si'dir<sup>26</sup>. Günümüzde bu hiyerarşik güç, iş sözleşmesinin varlığını tespit açısından çeşitli ülkelerde farklı isimlerde kullanılan "hukuki /kişisel bağımlılık" kavramına işaret eder. Her hukuk sisteminde iş sözleşmesinin veya işçinin ne olduğu konusunda önemli bir fikir birliği olsa da kapsama dahil olanlar bakımından farklılıklar bulunur<sup>27</sup>.

Bilgi ve iletişim toplumuna geçişle beraber bu güç, eskiye göre farklı bir görünüme bürünmüştür. Eskiden işveren tek bir kişi olarak işyerini yönetirken, artık şirketlerin bir araya gelip yarattığı bir ağ sistemi veya kuruluşlar sistemi içerisinde de artık iş görülebilir hale gelmiştir. Fordist-Taylorist sistemdeki dikey hiyerarşik yapı ve güç kaynağı, yatay ve kontrolün dağıtıldığı organizasyon modellerine evrilmiştir. 80'li yılların sonundan itibaren, geleneksel iş ilişkisinin içerisine çok sayıda aktör girmiş ve birden çok farklı "işveren"e dağıtılacak şekilde tasarlanan organizasyon modelleri geliştirilmiştir. Küresel tedarik zincirlerinin yarattığı imkanlarla, bir ürünün son kullanıcıya varana dek birden çok ülkede birçok farklı alt yüklenicinin elinden geçmesi söz konusu olabilmektedir<sup>28</sup>. İşin farklı bölümlerinin farklı yerlerde görülebilir veya farklı kişilere gördürülebilir olmasıyla işyerleri 'parçalanmış' veya 'katmanlı' hale gelmiştir<sup>29</sup>.

İşverenler, organizasyonun merkezinde yer alan, ana faaliyetleri yürüten işçiler de dahil olmak üzere<sup>30</sup> çalışanların kendilerinde yarattığı mali yükleri azaltmak için daimî bir arayış içerisindeyler. Yalnızca üretimde değil, hizmet sektörlerinde de durum benzerdir. Doktrinde Weil, geleneksel işyerlerindeki birçok hizmetin parçalanarak farklı kişilere gördürüldüğü, örneğin otel işyerlerindeki faaliyetlerin adı görülen otel işletmesi tarafından değil, farklı birden fazla yönetim firması tarafından görüldüğünü, franchise sözleşmeleriyle yürütüldüğünü, çalışanların %80'inin söz konusu otelin işçisi olmadığını ifade etmiştir<sup>31</sup>. Bu sürecin doğal sonucu olarak işçiler, iş hukukunun ve özellikle toplu pazarlık ve örgütlenme haklarının sağladığı etkin korumadan mahrum kalmaktadırlar<sup>32</sup>. Zira tüm işçilerin parçalanmamış, bir bütün halinde aynı işverene bağ-

<sup>26</sup> CASALE, Giuseppe, "The Employment Relationship: A General Introduction", **The Employment Relationship: A Comparative Overview**, Ed. Giuseppe CASALE, 2011, s. 3.

<sup>27</sup> COUNTOURIS, The Employment Relationship, s. 42.

<sup>28</sup> SUPIOT, Alain, "Les nouveaux visages de la subordination", **Droit social**, C. 2, 2000, s. 131.

<sup>29</sup> WEIL, David, **The Fissured Workplace**, Harvard University Press, 2014, s. 7 vd.; AYKAC, Hande Bahar, "Platform Ekonomisi Çalışması: İş Hukukunda Yarattığı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 44, 2020, s. 70.

<sup>30</sup> HEPPLER / VENEZIANI, s. 46.

<sup>31</sup> WEIL, s. 7.

<sup>32</sup> HEPPLER / VENEZIANI, s. 46.

lı halde çalışırken örgütlenmeleri durumunda sahip olacakları toplu iş sözleşmesi gücü, birbirinden uzaklaştırılmış ve farklı işverenlere dağıtılmış çalışma ilişkilerindekine göre çok daha fazla olacaktır<sup>33</sup>. Bu durum iş güvencesi kapsamına girmek gibi çalışan sayısını esas alan koruma mekanizmalarının etkinliğini de ciddi şekilde sınırlandırmaktadır.

Doktrinde Perulli, gri alanı oluşturan iki grubun olduğunu belirtmiştir<sup>34</sup>. İlk grupta yer alanlar, ikili sisteme uygun düşmeyen, her iki çalışma türünün karakteristik özelliklerine sahip olanlardır. İkincisi ise, aslında bağımlılık unsurunun yer aldığı ve fakat kâğıt üstünde bağımsız çalışma olarak nitelendirilen çalışmalardır ki bunlara sahte serbest çalışma ("*bogus self-employment*") adı da verilmektedir. Her iki grubun durumunu iyileştirmek ve hukuki çözümler üretebilmek amacıyla, bu grupların özelliklerini ayrıntılı olarak ele alacağız.

### 1. Bağımlı veya Bağımsız Çalışma Olarak Kategorize Edilemeyen Çalışmalar

Sanayi Devrimi sonrası 'bağımsız çalışan' kategorisinin ortaya çıkışı, çalışma ilişkilerindeki dönüşümler<sup>35</sup> ve vasıflı işgücüne ihtiyaç duyulması ile olmuştur. Üretim modellerindeki değişim ve esneme ihtiyacı<sup>36</sup> ile özellikle 1970 yılından sonraki dönemde bağımsız çalışmaya yönelim artış göstermiştir. Bağımsız çalışanlar, birbirinden farklı sözleşme tipleri ile çalışan, farklı niteliklere sahip geniş bir kitleyi oluşturmaktadır. Bir kısmı gerçek anlamda bağımsız çalışma (*genuine self-employment*) yürütmekle birlikte, bir diğer kısmın faaliyeti hem bağımlı hem bağımsız çalışmanın özelliklerini gösterdiğinden işçiye de benzetilmektedir. Bu kişilerin faaliyetleri, söz konusu nedenlerle iki kategoriden birine özgülenememektedir<sup>37</sup>. Özellikle kendi adına faaliyet gösteren, küçük ölçekli bağımsız çalışmalarda, gelirin önemli bir kısmı bir iş sahibinden ediniliyor ve iş sahibinin kontrolü daha fazla görünüyorsa, bu çalışmaların nasıl nitelendirileceği uzun yıllardır tartışma konusu olmuş ve faaliyetleri gri alanda görülmüştür<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> EROL, Abdullah, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 83.

<sup>34</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 140.

<sup>35</sup> ILO, **The Employment Relationship: International Labour Conference, 95th Session, 2006. Fifth Item on the Agenda**, Geneva, ILO, 2005, s. 3.

<sup>36</sup> GÜZEL, s. 86.

<sup>37</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 140-141.

<sup>38</sup> PERULLI, Adalberto, "Economically Dependent / Quasi-Subordinate (Parasubordinate) Employment: Legal, Social and Economic Aspects", Study for the EU Commission, Brüksel, 2003, s. 28.

Geleneksel anlamdaki “iş” de değişmektedir; iş artık yalnızca üretim bandında, bireysel inisiyatif alınmaksızın katı kurallara göre gerçekleştirilen eylemlerden ibaret değildir. İşçiden daha çok bilgi birikimi, daha fazla yetenek beklenmektedir. Böylece işçi, işi görürken daha çok karar alabilecek, daha bağımsız hareket edebilecektir. İşverenin hiyerarşik kontrolü ve otoritesi daha az görünür ve hatta zayıflamış olmaktadır. Öte yandan bazı hallerde kişi bağımsız çalışan olarak görünmekte ancak iş sahibinin müdahalesi daha yoğun bir görünüme sahip olmaktadır. Her iki durumda da kimin iş üzerinde etkin kontrole sahip olduğu ve kontrolün nasıl gerçekleştirildiğini ayırt etmek güçleşir<sup>39</sup>.

Bazı durumlarda, sınıflandırma için bağımlı ve bağımsız çalışmayı birbirinden ayıran kriterler yeterli gelmeyebilir. Özellikle hizmet yoğunluklu bazı sektörlerde araç gereç, malzeme işçi tarafından sağlandığında, risk belirli ölçüde veya tamamen çalışanın üzerinde olduğunda bağımsız çalışmaya yakın görülebilir. Ancak aynı kişi iş sahibinin yoğun kontrolü altında olabilir; hatta teknolojik araçlarla kişi an be an izlenebilmektedir. Her iki türün özelliklerine dair unsurlar, geleneksel algıdan uzaklaşarak iç içe geçtiğinde ilişkinin hangi statüde sayılacağını belirlemek zorlaşmaktadır<sup>40</sup>. Çoğu ülkede koruyucu hükümlerden yararlanan grubun yalnızca işçi statüsüne sahip olanlar olması, geri kalan herkesin koruma kapsamı dışında kalmasına sonucunu doğurmaktadır<sup>41</sup>.

Tarihsel süreçte sosyal korumanın kimlere sağlanacağına dair endişeler çeşitli yazarlarca dile getirilmiştir. Fransız hukukçu Cuche<sup>42</sup> hukuki bağımlılığın tespitinin zor olduğunu savunmuş ve hukuki bağımlılığı yorumlama şeklinin birçok kişiyi kapsam dışında bıraktığına<sup>43</sup> işaret etmiştir. Alman hukukçu Wank’a göre iş hukuku öncelikle asgari insani çalışma koşullarının sağlanmasını hedeflemekteydi, gelir kaybını karşılamak ise sosyal güvenlik hukuku alanına özgülenmişti. Oysaki iş hukuku giderek artan biçimde sosyal koruma

<sup>39</sup> PERULLI, Parasubordinate, s. 29.

<sup>40</sup> THÖRNQUIST, s. 412.

<sup>41</sup> SCHOUKENS, Paul / BARRIO, Alberto, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, *European Labour Law Journal*, C. 8, S. 4, 2017, s. 307.

<sup>42</sup> CUCHE, Paul, “Du rapport de dependance, element constitutif du contrat de travail”, *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, C. 42, 1913, s. 423; DOĞAN, s. 102; TOLU YILMAZ, Hazal, **Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)**, İstanbul, On İki Levha, 2023, s. 99.

<sup>43</sup> Doktrinde CUCHE, zaman bazlı yapılan ücret ödenmesi ile parça bazlı yapılan ödemenin iki farklı sözleşme tipi olarak nitelendirildiğini ve bu durumun farklı hukuki statülere yol açması nedeniyle özellikle parça başı ücret esasıyla tek bir işverene iş gören kimselerin güvenceden yoksun kalması nedeniyle ekonomik bağımlılığın esas alınması gerektiğini savunmuştur. CUCHE, “Du rapport de dependance, element constitutif du contrat de travail”, s. 412-427.

görevini de üstlenmiştir<sup>44</sup>. Wank, hukuki bağımlılık için getirilen kriterleri yeterli bulmamaktadır. Ekonomik perspektif ile ilişkilendirilmezse tek başına ‘karar özgürlüğü’, kişinin bağımsızlığını değil, yalnızca karar alma konusunda daha esnek bir statüde olduğunu simgeleyecektir<sup>45</sup>. Yazar, işçi ile bağımsız çalışanı değil, işçi ile girişimciyi birbirinden ayırmak gerektiğini; yönetim otoritesi ile değil, kendi sorumlulukları, kendi hedefleri ve piyasadaki riski taşıyacağı işletme kararlarını alıp alamadığına göre ilişkiyi değerlendirmek gerektiğini savunmuştur<sup>46</sup>. Bu görüşe göre işçiyi tanımlarken hem hukuki hem de ekonomik bağımlılık birlikte aranmalı ve işçi, “kişisel ve ekonomik bağımlılığı olan kimse” olarak tanımlanmalıdır<sup>47</sup>. Hukuki bağımlılık esasını reddetmemekle birlikte doktrinde Perulli de ekonomik bağımlı kişilerin tedarik zincirleri içerisinde daha çok görünür hale geldiğini, bu kişilerin sözleşmenin doğası gereği değil, piyasa koşulları veya karşı tarafın güçlü konumu nedeniyle yeterince özerk hareket edemediklerini ve sosyal korumaya ihtiyaç duydıklarını, bu nedenle iş hukukunun yalnızca hukuki bağımlılık altında çalışan işçinin hukuku olmaması gerektiğini savunmaktadır<sup>48</sup>. Doktrinde G. Lyon-Caen, gelecekte iş hukuku kapsamını belirlemek adına bağımlılık ve ücretin esas alınmayacağını, başkası adına yürütülen ve riski onun üstlendiği faaliyetin belirleyici olacağını savunmaktadır<sup>49</sup>.

Görüldüğü üzere sosyal hukuk olarak nitelendirilen şemsiyenin altına, gri alanda kalanların da girmesi ihtiyacına öteden beri işaret edilmiştir. Yukarıda görüşleri yer verilen yazarların ortak endişeleri, güçlü tarafın güçsüze aradaki sözleşme koşullarını dayatması ve kendi adına çalışan bu kişilerin bireysel ve toplu iş hukuku güvencelerinden yararlanamamasıdır. İş hukukunun bir “çalışma hukuku”na dönüşmesine yönelik görüşler, bağımlı ve bağımsız çalışma arasında gündün güne kapanan ayırımın sonucudur. Son yıllarda platform çalışanla-

<sup>44</sup> WANK, Rolf, *Arbeitnehmer und Selbständige*, C.H. Beck, Münih, 1988, s. 88.

<sup>45</sup> WANK, *Arbeitnehmer und Selbständige*, s. 134.

<sup>46</sup> KOCHER, Eva, *Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law: regulating market organizers*, Hart Publishing, Oxford; New York, 2022, s. 56 dn. 132.

<sup>47</sup> WANK, Rolf, “Diversifying Employment Patterns - the Scope of Labor Law and the Notion of Employees”, *Labour Law in Motion: Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment*, Ed. Roger BLANPAIN / Takashi ARAKİ / Shinya OUCHI, Kluwer Law International, 2005, s. 140.

<sup>48</sup> PERULLI, Adalberto, “Beyond Subordination: Four Arguments”, *Defining and Protecting Autonomous Work: A Multidisciplinary Approach*, Ed. Tindara ADDABBO vd., Cham, Springer International Publishing, 2022, s. 53.

<sup>49</sup> LYON-CAEN, Gérard, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995. (Naklen: GÜZEL, s. 96).

rının hukuki statüsünün belirlenmesi sorunu ile konu yeniden güçlü bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır<sup>50</sup>.

Platform modeline dayalı iş görme yöntemleri ve bu yöntemleri mümkün kılan teknolojilerin gün geçtikçe gelişmesi, çalışma ilişkilerinin geleceğini belirleyici bir etki yaratmıştır<sup>51</sup>. Giderek daha çok hizmetin platform üzerinden sağlanması, durumun tehlikesini de gözler önüne sermektedir. Söz konusu iş modelini geliştirenler, platform üzerinden sunulan hizmeti alanlar ile hizmeti sunucuları “buluşturduklarını” iddia ederek, kullanıcı sözleşmelerinde<sup>52</sup> her iki tarafı da “hizmet alan” olarak ve iş gören kimseleri bağımsız çalışan olarak nitelendirmektedirler.

Kendilerinin müşteri olarak adlandırılmalarını hukuka aykırı bulan şoförler veya diğer platformların “çözüm ortakları”nın açtıkları davalarda Amerikan Mahkemeleri, “kontrol testi” ile nitelendirme hususunda zorluk çekmişlerdir<sup>53</sup>. Görülen bir davada Yargıç Vince Chhabria’nın ifadesi, geleneksel kavramların yeni modelleri tanımlamadaki yetersizliğini göstermektedir: “... *Kaliforniya mahkemelerinin 20. yüzyıl boyunca çalışanları sınıflandırmak için geliştirdiği test, bu 21. yüzyıl sorununu ele almada pek yardımcı olmuyor*”<sup>54</sup>. Faaliyetin hem bağımlı hem de bağımsız çalışmaya benzer özellikler göstermesi ve her bir platformdaki durumun birbirinden farklı olması nedeniyle kolay bir nitelendirme yöntemi yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu şirketler, dava açan kişilerle anlaşma yoluna giderek ve milyonlarca dolar ödeme yaparak, ABD mahkemelerinin “işçi” statüsünü belirleyecek kararından kaçınmayı başarmışlardır. Bu durumda şirketler anlaşma yoluyla<sup>55</sup> iş hukukuna dair yükümlülüklerinden kaçabilmişlerdir<sup>56</sup>. Eğer bu kişiler

<sup>50</sup> “Kitle çalışması”, “kalabalık çalışma”, “platform çalışması”, “gig ekonomi”, “talep üzerine çalışma”, “uygulama bazlı çalışma”, “mikro-iş” gibi kavramlar, 2010’lu yılların sonlarına doğru oldukça yaygınlaşmıştır. Platform çalışmaları hakkında ayrıntılı incelemelerden bazıları için AYKAC, s. 69-95; DULAY YANGIN, Dilek, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkarıldığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İÜHFMD*, C. 78, S. 3, 2020, s. 1209-1237; BAYCIK, Gaye / CİVAN, Orhan Ersun / TOLU YILMAZ, Hazal / BOSNA, Berrin, “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *GSÜHFMD*, S. 1, 2021, s. 713-801; ALOISI, Antonio, “Platform Work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead”, *European Labour Law Journal*, C. 13, S. 1, 2022, s. 4-29; KOCHER, s. 155 vd.; TOLU YILMAZ, s. 13 vd.

<sup>51</sup> CHERRY, Miriam A.: “Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, C. 37, S. 3, 2016, s. 578.

<sup>52</sup> KUTLU, Merve, “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2021, s. 289.

<sup>53</sup> CHERRY, “Beyond Misclassification”, s. 582.

<sup>54</sup> Cotter v. Lyft, No. 13-cv-04065-VC, \*19 (N.D. Cal. Mar. 11, 2015).

<sup>55</sup> ABD Hukukunda zorunlu tahkim uygulaması yoluyla halihazırda işverenler yargılamaya gitmeden işçilerle anlaşarak ciddi bedeller ödemekten kaçınabilmektedirler, konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. ABD Hukukunda zorunlu tahkim uygulaması yoluyla halihazırda işverenler yargılamaya gitmeden işçi-

işçi olarak iş görmekte iseler, bu durumda iş hukukunun deyim yerindeyse “şemsiyesi” altına girerek, koruyucu hükümlerden yararlanacaklar ve yalnızca bireysel iş hukuku değil, toplu iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve iş sağlığı ve güvenliği hukuku bağlamında da işçilerin tabi olduğu hükümlerden yararlanacaklardır. Ancak “bağımsız çalışan” olarak nitelendirilirlerse, bu durumda koruyucu hükümlerden faydalanamayacaklar, ekonomik riski kendi üstlerinde kalmak üzere bağımsız yüklenici olarak değerlendirileceklerdir. Platform çalışanlarının hukuki statüsüne dair tartışma<sup>57</sup>, konumuz kapsamı dışında kaldığından bu konuyla ilgili ayrıntı vermektan imtina ettiğimizi belirtmek isteriz.

Bağımsız çalışmanın iş sahibinin önemli derecede kontrol sahibi olduğu faaliyetlerde<sup>58</sup> kişiler istihdam piyasasında bağımsız çalışan olarak faaliyetlerini sürdürmekte, ancak faaliyet bir girişimciden ziyade işçiye benzerlik göstermektedir<sup>59</sup>. Yapılan araştırmalarla görüldüğü üzere bu kişilerin istihdam piyasasının dönüşümü sürecinde sayıları artış göstermiştir. Bağımsız çalışanların %18’inin çalışmasının resmîyette bağımsız ancak aslında gri alanda kaldığı görülmüştür<sup>60</sup>. Tedarik zincirlerinde artık bu şekilde sözleşmelerin kurulması daha çok yaygınlaşmaktadır. Örneğin İngiltere’de paket taşımacılığı işi gören kişilerle ‘bağımsız çalışma’ kapsamında sözleşmeler yapılmaktadır. Ancak yapılan çalışmalarda, sözleşmelerde 365 gün 52 hafta hizmet verilmesinin kararlaştırıldığı, kişinin hastalık nedeniyle bile işe gelememesinin mümkün olmadığı, iş göremediği takdirde yerine teslimat yapacak geçici işçi istihdamının bedelini karşılayacak sözleşme cezaları öngörüldüğü tespit edilmiştir<sup>61</sup>. Bu durum, giderek daha çok endişe yaratmakta ve düzenleme gereksinimini ortaya çıkarmaktadır. Çeşitli ülkeler, durumu gri alanda kalan bu kimselere iş hukukunun belirli hükümlerinin uygulanması veya kendine özgü düzenlemeler getirmeyi tercih etmişlerdir.

lerle anlaşarak ciddi bedeller ödemekten kaçınabilmektedirler, konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. STERNLIGHT, Jean R., “Disarming Employees: How American Employers are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection”, **Brooklyn Law Review**, C. 80, S. 4, 2015, s. 1309-1356.

<sup>56</sup> Anlaşma bedelleri çok yüksek miktarlar olarak görünse de toplu davada başvuru başına düşen miktarlar da oldukça düşük olmaktadır. CHERRY, Miriam A. / ALOISI, Antonio, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, **American University Law Review**, C. 66, S. 3, 2016, s. 645-646.

<sup>57</sup> Buna ilişkin tartışmalar için bkz. dipnot 50’deki eserler.

<sup>58</sup> PERULLI, Parasubordinate, s. 29.

<sup>59</sup> GROSHEIDE, Eva / TER HAAR, Beryl, “Employee-like worker: Competitive entrepreneur or submissive employee? Reflections on ECJ, C-413/13, FNV Kunsten Informatie”, **Labour law and social rights in Europe: the jurisprudence of international courts, selected judgements**, Ed. Maciej ŁAGA / Stefano BELLOMO / Nicola GUNDT / José María Miranda BOTO, Gdańsk University Press, 2017, s. 3.

<sup>60</sup> EUROFOUND, **Non-Standard Forms of Employment: Recent Trends and Future Prospects**, Dublin, 2018, s. 12.

<sup>61</sup> MOORE, Sian / NEWSOME, Kirsty, “Paying for Free Delivery: Dependent Self-Employment as a Measure of Precarity in Parcel Delivery”, **Work, Employment and Society**, C. 32, S. 3, 2018, s. 482.



## 2. Gerçek Olmayan Serbest Çalışma

İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği gereğince, aradaki ilişki bir iş sözleşmesi ise taraflara keyfi olarak bu ilişkinin niteliğini değiştirme imkânı tanınmamaktadır. Sosyal kamu düzeni yaratan kurallar, tarafların iradesinden bağımsız olarak uygulanacaktır. Aksi halde, koruyucu amaçla getirilen düzenlemeler opsiyonel hale gelir ve aradaki güç asimetrisi nedeniyle işveren kendi ekonomik çıkarlarına olan hususları karşı tarafa dayatabilir<sup>62</sup>. Günümüzde bu durum, herhangi bir vasıf gerektirmeyen işlerden, sermayesi bilgi birikimi olan işlere dek neredeyse tüm sektörlerde karşımıza çıkmaktadır.

“Gerçek olmayan serbest çalışma” (sahte veya gizlenmiş serbest çalışma kavramları da kullanılmaktadır) olarak adlandırılan durumda, görünürde “işveren” olmayan kimse, belirli yükümlülüklerden- örneğin sosyal güvenlik yükümlülükleri veya iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden- kaçınma, işçilik masraflarını azaltma gibi amaçlarla<sup>63</sup> aradaki hukuki ilişkiyi güçlü konumu gereğince bu şekilde nitelendirerek karşı tarafa kabul ettirmektedir. Burada işverence istihdamı dışsallaştırma uygulaması yapılmaktadır<sup>64</sup>. Çalışanlar “iş ortağı”, “paydaş”, “taşeron” gibi isimlendirilerek kendi statülerini bağımsız çalışan olarak bildirmekte, altta olan bağımlılık ilişkisi gizlenmektedir. Böylece iş gördükleri kimselere karşı bağımsız, irade sahibi bir iş gören statüsü ile koruma ihtiyacı içerisinde olmadığı izlenimi yaratılmaktadır.

Oysa bu kişiler, birçok ülkede sosyal güvenlik sistemlerinde işçilere sağlanan ödenek veya yardımlardan mahrum kalmaktadır. Yalnızca kısa ve uzun vadeli sigorta kollarının tüm masraflarını üstlenmek zorunda kalmayıp, aynı zamanda işsizlik ve hastalık risklerini de kendileri karşılamaktadırlar. Bu durumlarda işçi olarak kayıtlı istihdamın parçası olamayan kimse, iş mevzuatı veya toplu sözleşmeler kapsamında çalışanlara sağlanan hak ve menfaatleri (örneğin asgari ücret, azami çalışma süresi, ücretli izin hakkı vb.) elde edemez. Yalnızca iş kanunu kapsamındaki haklarını kaybetmekle ve işçilere nazaran daha az elverişli yardımlar almakla kalmaz, aynı zamanda mahkeme yoluyla hakkını talep etmekte de zorlanır. Çünkü öncelikle hukuki ilişkinin niteliğinin tespit edilmesi için dava açmak veya idari yollara başvurmak zorundadır ve bu aşamada gelir kaybı riski vardır. O esnada işçi olarak nitelendirilmediği için iş

<sup>62</sup> SUPIOT, Alain, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe (A report prepared for the European Commission)*, Oxford University Press, 2001, s. 5.

<sup>63</sup> ILO, *The Employment Relationship*, s. 12 p. 46; YILDIZ, Atipik Çalışma, s. 784.

<sup>64</sup> GÜZEL, s. 86.

güvencesinden de yararlanamaz. Pratikte ortaya çıkan bu sonuçlar, bu kişilerin az ya da çok kendilerini sömürmeye zorlandığını göstermektedir<sup>65</sup>.

Gerçek olmayan serbest çalışma, ulusal, sektörel ya da uluslararası düzeydeki rekabeti, genellikle yasalara uyan işletmelerin aleyhine olacak şekilde bozmaktadır. Faaliyet toplum sağlığı ve güvenliğini etkileyebilecek risklerin bulunduğu ortamlarda sürdürülmekte, kayıt dışı yürütülen çalışma, verilmesi gereken eğitimlerin ihmaline yol açmaktadır<sup>66</sup>. Ayrıca, ödenmemiş sosyal güvenlik katkı payları ve vergiler açısından önemli bir mali etkisi de olabilir. İşçilerin bağımsız çalışanlar olarak yanlış sınıflandırılması, sosyal güvenlik sistemine ödenmemiş katkılar açısından kayba neden olmaktadır.

Gerçek olmayan serbest çalışma olgusu ile mücadele etmek ve iş hukukunun etkinliğini güçlendirmek için bağımlılık unsuru esnetilmiş, kapsamı genişletilmiştir. Kural olarak işverenin kontrolü hareket noktası olsa da<sup>67</sup>, çalışma ilişkileri dönüştükçe, iş sözleşmesinin tespiti bakımından daha kapsayıcı bir yaklaşım izlendiği, yan nitelikte görülen kriterlere ağırlık verilmeye başlandığı görülmektedir<sup>68</sup>. 1960'lardan beri Fransız Yargıtay'ı, bağımlılığı yorumlarken iş organizasyonu ("*service organisé*") kavramına daha çok önem atfetmeye başlamıştır. Başkası tarafından organize edilen faaliyetin o kişinin yararına yapılıyor olması ("*service organisé au profit d'autrui*") önemli görülmüştür. Bu vesileyle iş hukuku, doktorlar, müzisyenler, öğretmenler, aktörler gibi alanında uzman olan kişilere de uygulanabilmiştir<sup>69</sup>. İtalyan Yargıtayı da 2001 ve 2002 tarihli kararlarında<sup>70</sup>, işçinin iş görme eyleminin, işverenin organizasyonu içinde koordine edilmiş bir işlev görüp görmediğine ağırlık vermiştir.

Alttaki iş ilişkisinin gizlendiği durumlarla mücadele etmek için odağın bağımlılığa içkin olduğu kabul edilen unsurlardan (kontrol, denetim, yönetim), işçinin eylemlerinin bütününe kaydığı gözlemlenmektedir<sup>71</sup>. Böylece iş sözleşmesi, artık kompleks bir organizasyon ağı içerisinde, işverenin kim olduğunun açıkça belirlenemediği ilişkiler ağında işçiyi koruyucu bir araç rolünü üstlenebilecektir<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> THÖRNQUIST, s. 414.

<sup>66</sup> ROSIORU, Felicia, "Legal Acknowledgement of the Category of Economically Dependent Workers", *European Labour Law Journal*, C. 5, S. 3-4, 2014, s. 299.

<sup>67</sup> STEVENS, s. 189.

<sup>68</sup> PERULLI, Parasubordinate, s. 30.

<sup>69</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 152.

<sup>70</sup> İtalyan Yargıtayı İş Dairesi T. 06.07.2001, S. 9167; T. 26.02.2002, S. 2842.

<sup>71</sup> HEPPLER / VENEZIANI, s. 110-111.

<sup>72</sup> HEPPLER / VENEZIANI, s. 112.

## B. Çalışan Kavramının ILO ve AB Düzenlemelerindeki Görünümü ve Yeniden Değerlendirme Çalışmaları

Uluslararası alanda çalışma hakkını ve çalışma ilişkisindeki diğer temel hakları koruyucu enstrümanlar geliştiren Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) 1919 yılında Milletler Cemiyeti’nin bir parçası olarak kurulduğunda, temel çalışma modeli ve koruma ihtiyacı duyan Batıdaki “sanayi işçileri” üzerine bir yapı inşa etmişti. Doğal olarak ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları gibi hukuki etki doğuran metinlerin şekillenmesi, geleneksel iş ilişkisi anlayışı üzerine geliştirilmişti. ILO’nun 20. yüzyılın özellikle ilk yarısında kabul ettiği bahsi geçen enstrümanlarına “çalışan”- (*worker*)- kavramı hakimdir; “bağımlı çalışan”, “ücret kazanan”, “işverenle iş sözleşmesi ile çalışan” gibi ifadelerle karşılaşılmamaktadır. Çünkü uzun bir süre bu ayırma ihtiyaç duyulmamıştır<sup>73</sup>.

Bu durum zamanla bazı sözleşmeler ve tavsiye kararları ile değişmeye başlamıştır. Örneğin, 3 no.lu Analığın Korunması Sözleşmesi’ni güncelleyen 103 no.lu Analığın Korunması Sözleşmesi’nin birinci maddesinde, geçimini evde çalışarak kazanan kadın işçilerin korunması gerektiğine işaret edilmiştir<sup>74</sup>. Bazı sözleşmelerde daha ayrıntılı belirlenmeler yapılarak kimi çalışanların kapsam dışı olduğuna işaret edilmiştir. Ancak doktrinde Countouris’in işaret ettiği üzere tüm çalışanların korunmasının önem teşkil ettiği durumlarda bilerek “çalışan” (“*worker*”) kavramına vurgu yapılmıştır<sup>75</sup>. Örneğin bugün ILO’nun temel sözleşmeleri arasında yer alan ve temel çalışma standartlarından biri olarak kabul edilen örgütlenme ve toplu pazarlık hakları için de durum böyledir. 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi<sup>76</sup>,nin ikinci maddesi, bu sözleşmeden doğan hakların çalışanlar ve işverenlere *hiçbir ayırım gözetmeksizin* uygulanacağını açıkça belirtmektedir. Türkiye’nin taraf olmadığı 1975 tarihli 141 sayılı Kırsalda Çalışanların Örgütlenmesi Sözleşmesi<sup>77</sup> de kırsalda çalışanları “*rural worker*” olarak tanımlamış ve “*Bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda, kırsal alanda çalışanlar terimi, ister ücretli olarak ister...kiracı, ortakçı veya küçük mülk sahibi gibi kendi hesabına çalışan bir kişi olsun, kırsal alanda tarım, el sanatları veya ilgili bir meslekle uğra-*

<sup>73</sup> COUNTOURIS, Nicola, **The Changing Law of the Employment Relationship: comparative analyses in the European context.**, Routledge, New York, 2016, s. 147-148; ancak belirtmek gerekir ki yazar, bu ayrımın tek bir bağımlı çalışma modeli olmasından ötürü değil, dönemin ekonomik, politik tercihlerinden ve yargı kararlarından ötürü olduğunu belirtmiştir. COUNTOURIS, *The Employment Relationship*, s. 38-39.

<sup>74</sup> 103 sayılı Gözden Geçirilmiş Analığın Korunması Sözleşmesi, Y.T: 28.06.1952.

<sup>75</sup> COUNTOURIS, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 150.

<sup>76</sup> 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi. Y.T: 17.06.1948. Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi onaylamıştır. R.G. 25.02.1993, S. 21507.

<sup>77</sup> 141 sayılı Kırsalda Çalışanların Örgütlenmesi Sözleşmesi, Y.T: 23.06.1975.

şan herhangi bir kişi” olduğunu belirtmiştir (m.1). Anlaşıldığı üzere “çalışan” ifadesi ile dönüşen bağımlılık ilişkisine ve çeşitlenen çalışma modellerine karşın, çalışan herkesin sözleşmede tanınan haklardan yararlanması amaçlanmaktadır. Ancak çalışma ilişkilerindeki dönüşümlerin hızı ve ekonomik serbesti arayışında olan hükümetler nedeniyle, herkesi kapsama alacak bağlayıcı uluslararası hukuk kuralları düzenlemek bakımından zamanın gerisinde kalmıştır.

İnsana Yakışır İş Ajandası<sup>78</sup> ile ILO’nun istihdam ilişkisinin dönüşümü hususunda bir uluslararası düzenleme yapması öngörülmüştür. Öncelikle 1998 yılındaki Uluslararası Çalışma Konferansı’nda “sözleşmeli emek” (“*contract labour*”) kavramı üzerinden işçi benzeri faaliyetlerin bir Sözleşme vesilesiyle koruma altına alınması önerisinde bulunulmuş, ancak bu kavramın üye Devletler arasında yeknesak bir koruyucu yaklaşım izlemeye uygun düşmeyeceğine karar verilmiştir<sup>79</sup>. 2003 yılında konu yeniden gündeme alınmış, İş İlişkisi Komitesi’nin tavsiyesi doğrultusunda odak, iş sözleşmesine ve görünürde iş sözleşmesiyle çalışmayan ve korumadan mahrum kalan kişilerin doğru nitelendirilmesine verilmiştir<sup>80</sup>. 2006 Haziran’da Uluslararası Çalışma Konferansı’nda (ILC) iş sözleşmesi kavramına verilen anlamın ülkeden ülkeye değişiklik göstermesinin yarattığı hukuki sorunlara ve dönüşen çalışma ilişkilerine değinilmiş, iş hukukunun kapsamına kimlerin dahil olduğu konusuna açıklık getirilmeye çalışılmıştır<sup>81</sup>. Konferansta 198 sayılı İstihdam İlişkisine Dair Tavsiye Kararı oybirliğine yakın oranda kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Tavsiye kararının giriş bölümünde “*iç hukukun ve toplu sözleşmelerin koruyucu düzenlemelerinden yararlanmak için işçi ve işveren arasında kurulu bir iş sözleşmesinin varlığı gerektiği*” ifade edilmektedir. Bu Tavsiye Kararı ile iş sözleşmesi kapsamında kalanların kimler olduğunun belirlenmesi hususuna açıklık getirilmesi istense de ILO enstrümanları içerisinde tek ve evrensel geçerliliği olan bir “iş sözleşmesi” tanımı bulunmamaktadır<sup>83</sup>. Koruma sağlamak için Üye Devletlerin iş sözleşmesi kapsamında

<sup>78</sup> COUNTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship*, s. 161; SENGENBERGER, Werner, *Decent Work: The International Labour Organization Agenda*, Dialogue and Cooperation, Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2001, s. 39, (Çevrimiçi) <https://library.fes.de/pdf-files/iez/global/02077.pdf>, E.T. 05.06.2024.

<sup>79</sup> BOSSE, Claire, “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, *The Protection of Working Relationships: A Comparative Study*, Ed. Frans PENNINGS / Claire BOSSE, Kluwer Law International, 2011, s. 17.

<sup>80</sup> BOSSE, s. 18-20.

<sup>81</sup> ILO, *The Employment Relationship*, s. 19.

<sup>82</sup> COUNTOURIS, *The Employment Relationship*, s. 36.

<sup>83</sup> DE STEFANO, Valerio, “Not as Simple as It Seems: The ILO and the Personal Scope of International Labour Standards”, *International Labour Review*, C. 160, S. 3, 2021, s. 390.

çalışan işçileri yeterli derecede geniş bir şekilde tanımlaması veya iş sözleşmesini karine olarak mevcut kabul etme yöntemleri öngörülmüştür (m.11).

Tavsiye Kararı madde 4(b) uyarınca ulusal politika, “*gerçek yasal statüyü gizleyen diğer sözleşme biçimlerinin kullanımını içerebilecek ilişkiler bağlamında örtülü istihdam ilişkileri ile mücadele etmelidir*”. Örtülü istihdam ilişkisi, işverenin bir bireye çalışan olarak gerçek yasal statüsünü gizleyecek şekilde çalışandan farklı muamele etmesi durumunda ortaya çıkmaktadır ve sözleşmeye dayalı düzenlemelerin çalışanları hak ettikleri korumadan mahrum bırakma etkisine sahip olduğu durumları ortaya çıkabilecektir. Burada sahte serbest çalışma olgusunun tespiti için “gerçeklerin önceliği” ilkesi hareket noktası olmaktadır. Taraflar bu ilişkiye ne isim vermiş olurlarsa olsunlar, mahkemece somut olay incelenecek ve aslında altta var olan bağımlılık ilişkisi tespit edilmeye çalışılacaktır<sup>84</sup>. Ancak, bu konuda belirgin bir yol haritasından ziyade, bir tavsiye niteliği taşıyan kararda da hangi şekilde işçinin tespit edileceği belirtilmemiştir. Yalnızca geniş bir çerçeve çizilmiş, ilgili düzenlemeyi yapmak üye Devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır<sup>85</sup>.

İş hukukunun koruyucu hükümlerinden kimlerin yararlanacağı, AB düzeyinde de oldukça önemli bir konu olarak değerlendirilmektedir<sup>86</sup>. Globalleşme ile artan rekabet, şirketlerin iş yapma biçimlerinin dönüşmesi, hizmet ve mal üretiminin ulusötesi operasyonlarla yürütülmesi, Avrupa Birliği bünyesinde istihdam piyasasını düzenleme yönünde çalışmalara yol açmıştır. 2000 yılında kabul edilen Lizbon Stratejisi ile uyumlu bir biçimde Fransız Hukukçu Supiot önderliğinde bir iş hukukçularından bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu grubun hazırladığı ve Avrupa Komisyonuna sunduğu rapor<sup>87</sup>, giderek artan güvensizliğe ve Birlik bünyesinde bir işçi tanımı getirilmesi ihtiyacına ve iş hukukunun koruyucu kurallarının belirli ölçüde gri alanda kalan işçilere uygulanması gerekliliğine işaret etmektedir<sup>88</sup>. Avrupa Komisyonu, Perulli'nin hazırladığı ve

<sup>84</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 141.

<sup>85</sup> KOCHER, s. 39.

<sup>86</sup> Birlik müktesebatında çeşitli düzenlemelerde “işçi” ve “çalışan” kavramları kullanılmakta ancak ilgili düzenlemenin kavrama verdiği anlam açıklanmaktadır. Birlik seviyesinde yeknesak bir tanım yoktur. Ayrıca bkz. PENNING, Frans, “The European Union and the Issue of the Employment Relationship”, **The Protection of Working Relationships: A Comparative Study**, ed. Frans PENNING / Claire BOSSE, Kluwer Law International., 2011, s. 30-32.

<sup>87</sup> EUROPEAN COMMISSION, Transformation of Labour and Future of Labour Law in Europe: Final Report. Employment & Social Affairs. Lüksemburg, 1999; SUPIOT / CASAS / DE MUNCK / HANAU / JOHANSSON / MEADOWS / MINGIONE / SALAIS / VAN DER HEIJDEN, s. 621.

<sup>88</sup> PENNING, s. 32.

üye Devletlerin yeni gelişen çalışma biçimlerini nasıl ele aldıklarını değerlendirdiği raporu 2003 tarihinde yayınlamıştır. Bu raporda yazarın önerilerinin arasında, bağımlı serbest çalışanları koruma amacıyla yeni bir statü yaratılması veya iş hukukunun düzenlemelerinin bu kişileri koruyacak şekilde geniş yorumlanması bulunmaktadır<sup>89</sup>.

Bu çalışmalar, Komisyonun 2006 tarihli “İş Hukukunun 21. Yüzyılın Zorluklarına Karşı Modernleştirilmesi Yeşil Kitabı<sup>90</sup>”na öncülük etmiştir<sup>91</sup>. Yeşil Kitap, giderek farklılaşan çalışma ilişkileri içerisinde geçici işçiler, kısmi süreli çalışmalar, ekonomik olarak bağımlı kişiler gibi farklı çalışmaların gelişmesiyle “işçi”nin kim olduğuna dair bir belirleme ihtiyacına işaret etmiştir<sup>92</sup>. Dikkati çeken hususlardan biri, “ekonomik olarak bağımlı” olarak kabul edilen, tek bir kişiye hizmet veren serbest meslek sahiplerinin de korunmaya ihtiyaç duyanlar arasında sayılması ve bu kişilerin ücret güvencesi gereksinimidir<sup>93</sup>. Ancak, bu husus yalnızca tartışmaya açılmış, üye Devletlerin yaklaşımlarının olumsuz olması neticesinde Birlik seviyesinde bu kişileri koruyucu nitelikte bir düzenleme yapılmamıştır<sup>94</sup>.

Birlik sosyal müktesebatı incelendiğinde düzenlemelerde çalışan (“*worker*”)<sup>95</sup> kavramının kullanıldığı ve fakat bu kavramın hukuki / kişisel bağımlılık altında iş gören işçi olarak yorumlandığı görülmektedir<sup>96</sup>. Divan önüne gelen uyuşmazlıklar bakımından üye Devletin iç hukukundaki sınırlayıcı yaklaşımdan ziyade genel kabul görmüş objektif bir bağımlılık anlayışına vurgu yapmaktadır. ABAD, bu kavramın yorumunun üye Devlet iç hukuku ile sınırlandırılmayacağını, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma<sup>97</sup> (“ABİHA”) m.45 (eski m.39) bağlamında “çalışan” kavramının iş sözleşmesini ayırt eden objektif

<sup>89</sup> PERULLI, “Parasubordinate”. s. 112-113.

<sup>90</sup> EUROPEAN COMMISSION, “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century”(Green Paper)”, COM/2006/0708 final 2006, (2006), (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52006DC0708>, E.T. 05.06.2024.

<sup>91</sup> KOCHER, s. 116.

<sup>92</sup> MURCIA, Joaquín García, “The European Commission’s Green Paper on Labour Law”, **International Labour Review**, C. 146, S. 1-2, 2007, s. 111.

<sup>93</sup> CASALE, “The Employment Relationship: A General Introduction”, s. 4-5.

<sup>94</sup> PENNING, s. 38.

<sup>95</sup> KOUNTOURIS, “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law”, s. 192-193.

<sup>96</sup> NOGLER, Luca, “Rethinking the *Lawrie-Blum* Doctrine of Subordination: A Critical Analysis Prompted by Recent Developments in Italian Employment Law”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, C. 26, S. Issue 1, 2010, s. 84.

<sup>97</sup> “Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union”, OJ C 202, 7.6.2016, (21.05.2024), (Çevrimiçi) [http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu\\_2016/oj/eng](http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2016/oj/eng), E.T. 21.05.2024.

genel ilkeler doğrultusunda yapılacağını belirtmiştir<sup>98</sup>. Belirtmek gerekir ki Divan, bunun dışındaki çalışmaları m.49 (eski m.43) girişim özgürlüğü kapsamında yorumlamaktadır<sup>99</sup>. Ancak ABİHA'nın 45. ve 101. maddelerinin uygulanması amacıyla bağımlı çalışmanın karakteristik özelliklerini belirlemeye çalışırken, vurgusunu kademeli olarak işverenin yönetim yetkilerini kullanmasından, çalışanın hem pazar hem de kişisel hizmetlerinin katkıda bulunduğu nihai mal ve hizmetlerin üretim sürecini organize etme gücü ile ilgili olarak içinde bulunduğu dezavantajlı konuma kaydırmıştır<sup>100</sup>. FNV Kunsten ve B v Yodel kararlarında şu görüşü dile getirmiştir: “... bir hizmet sağlayıcı, piyasadaki davranışlarını bağımsız olarak belirlemeyip tamamen iş sahibine bağlıysa, iş sahibinin faaliyetinden kaynaklanan mali veya ticari risklerin hiçbirini üstlenmediği ve iş sahibinin işletmesinde bir yardımcı olarak faaliyet gösterdiği için bağımsız bir tüccar ve dolayısıyla bir teşebbüs statüsünü kaybedebilir<sup>101</sup>.” Tarafların nitelendirmelerinden bağımsız olarak mahkemeler *de facto* aradaki ilişkiye bakmalı ve bağımlılığı tespit etmelidir. Böylece Divan, yerel mahkemelerin gri alanda çalışanları korumak amacıyla izlediği yolu izlemiş, sırf kontrolü ve yönetim yetkisini aramak yerine bağımlılık unsurunu geniş yorumlamıştır. Fakat bu perspektif mevcut sorunu çözmemiştir. Sahte serbest çalışmaya maruz kalanların aslında bağımlı olduklarını, kontrolün ve işletme riskinin aslında gizlenmiş işverende olduğunu tespit etmeye yarayan kriterler, çalışma statüsü belirsiz olanların koruma ihtiyacını gidermemektedir.

Çalışanın kim olduğuna dair süregelen tartışmayı çözme yöntemlerinden biri olarak hazırlanan 2019/1152 Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi<sup>102</sup> ile daha geniş alana yayılan bir koruma amaçlanmıştır. Direktif hakkında Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan etki değerlendirmesinde, atipik çalışma biçimlerinin son 20 yılda artış gösterdiği, 2006-2016 yılları arasında üretilen işlerin yarısından fazlasının standart dışı olduğu, giderek artan belirsizlikle özellikle gri alanda kalan çalışanların çalışma koşullarına dair temel bilgilere erişimden yoksun kaldıkları; bu nedenle AB sosyal müktesebatındaki kuru-

<sup>98</sup> Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg, 66/85, (ABAD 03 Temmuz 1986) para. 17.

<sup>99</sup> P H Asscher v Staatssecretaris van Financiën, C-107/94, (ABAD 27 Haziran 1996) para. 26; CPM Meussen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, C-337/97, (ABAD 08 Haziran 1999) para. 15.

<sup>100</sup> B v Yodel (C-692/19), (ABAD 22 Nisan 2020), para 23.

<sup>101</sup> FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden, C-413/13, (ABAD 04 Aralık 2014) para. 33; B v Yodel, para. 30.

<sup>102</sup> “Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union, OJ L186/105.”, (28.05.2024), (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L1152>, E.T. 28.05.2024.

yucu mekanizmaların işletilemediğine işaret edilmiştir<sup>103</sup>. Direktif ile bir “çalışan” tanımı yapılabilmiş ve Direktifin 8. Açıklaması, birçok farklı tür çalışanın bu Direktif kapsamında sayılacağını belirtmiştir. Ancak Direktifin 1(2) maddesinde kapsama girenler sayılmış ve yalnızca içtihat hukukunun kriterlerinden (tipolojik yöntemden) geçenleri Direktif kapsamına alınmıştır<sup>104</sup>. Divan’ın bağımlılık unsuruna getirdiği formüle dayanılması, çalışmasının niteliği belirlemeyen kişilerin yine ihtiyaç duydukları korumadan yararlanamayacakları anlamına gelecektir<sup>105</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki geleneksel kavramlarda değişiklik yapılsa da istihdam piyasasındaki kişilerin statü sınırlandırılmaksızın sosyal koruma kapsamına alınması yönünde ihtiyaca uluslararası arenada dikkat çekilmeye devam etmektedir<sup>106</sup>. 2017 yılında hazırlanan ILO raporunda statüsünden bağımsız tüm çalışanların insana yakışır iş bağlamındaki ihtiyaçlarının tartışılması gereksinimine vurgu yapılmıştır<sup>107</sup>. 2019 yılındaki Çalışma Yaşamının Geleceği Yüzüncü Yıl Bildirgesi<sup>108</sup> ile ILO, yeni yüzyılda ekonomik ve sosyal politikaların merkezine çalışma haklarını koyacak insan odaklı bir yaklaşım izleyeceğini taahhüt etmiştir. AB Konseyinin 2019 yılında kabul ettiği “İşçiler ve Serbest Meslek Sahipleri İçin Sosyal Korumaya Erişim Hakkında Tavsiye Kararı”<sup>109</sup> ile de statüsünden bağımsız olarak herkesin katkı sağlarken yoksulluğa düşmeksizin sosyal korumaya erişebilmesine işaret edilmiştir.

<sup>103</sup> EUROPEAN COMMISSION, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, SWD (2017) 478 final, Brüksel, 21.12.2017, s. 17.

<sup>104</sup> KUTLU MUTLUER, Merve, “Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 2, 2024, s. 93.

<sup>105</sup> GEORGIU, Despoina, “The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment”, *European Journal of Industrial Relations*, C. 28, S. 2, 2022, ss. 193-210, s. 201.

<sup>106</sup> Örneğin çözülmeye çalışılan bir başka sorun, çalışma koşullarını iyileştirmek için platform çalışanlarının toplu sözleşmeler yapmak istemesi ancak onların “bağımsız çalışan” oldukları gerekçesiyle bu sözleşmelerin Avrupa Birliği rekabet hukuku kurallarına aykırı bulunmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., STYLOGIANNIS, Charalampos, *Collective Labour Rights for Self-Employed Workers: A Human Rights-Based Approach of Platform Work*, Kluwer Law International, 2023, s. 5.

<sup>107</sup> WILLIAMS, Colin / LAPEYRE, Frédéric, “Dependent Self-Employment: Trends, Challenges and Policy Responses in the EU”, International Labour Office, 2017, s. 42.

<sup>108</sup> ILO Centenary Declaration for the Future of Work, 108th (Centenary) Session ILC, Geneva, 21.06.2019.

<sup>109</sup> Council Recommendation of 8 November 2019 on access to social protection for workers and the self-employed 2019/C 387/01, OJ C 387, 15.11.2019, E.T. 05.06.2024.



## II. EKONOMİK OLARAK BAĞIMLI ÇALIŞMA

Globalleşme ve teknolojik ilerlemelerin yarattığı imkanlarla bağımsız faaliyet giderek şekillenmekte ve bu şekilde çalışanların sayısı artış göstermektedir. 2021 yılının mayıs ayında Birleşik Krallık'ta yaklaşık 4,2 milyon kişinin bağımsız çalışan kategorisi altında olduğu hesaplanmıştır<sup>110</sup>. Bu kişiler günümüzde çok çeşitli işleri yapmaktadırlar; aralarında yazılımcılar, tasarımcılar, çevirmenler gibi bilgisayar vasıtasıyla yalnız iş gören kişiler olduğu gibi, küçük işletme sahipleri, girişimciler gibi kendileri başka kimseleri istihdam eden, “işveren” sıfatını haiz olanlar da mevcuttur.

Yukarıda belirtildiği üzere, iş hukukunun tarihi gelişimi içerisinde işçinin tespitine öncelik verilmiştir. Geleneksel olarak tipik veya atipik bir iş görme sözleşmesi ile yürütülen bağımsız çalışma, iş hukukunun kapsamı dışında tutulmuş ve bu alan, irade serbestisinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün alanı olarak görülmüştür. Halbuki işverenlerin dışsallaştırma uygulamaları nedeniyle artık bağımsız çalışmaya salt irade serbestisi penceresinden bakılamamaktadır. Bağımsız çalışma özgür bir seçimin sonucu olmadığına güvencesiz bir çalışma eylemidir; çünkü yüksek risk barındırır ve gelecekteki gelirin garanti altına alınmaması sonucunu doğurur<sup>111</sup>. Ayrıca bu kişiler, işçilerin sahip olduğu hastalık izinleri, ebeveyn izinleri veya dinlenme haklarından yoksundurlar. Gri alanda kalan kişilerin güvencesiz çalışmaları uyuşmazlık konusu olduğunda, mahkemelerce yapılan incelemede koruma ihtiyacı gündeme gelmektedir<sup>112</sup>.

Buna karşılık zamanla çeşitli hukuk sistemlerinde “işçi benzeri”, “çalışan” gibi isimler verilen kişilere dair düzenleme yapılarak iş hukukunun belirli korumaya mekanizmalarından faydalanmaları sağlanmıştır. Bu kavramlar, çalışanın üzerindeki otoritenin işçide olduğu kadar yoğun olmadığı durumların nitelendirilmesi için kullanılmıştır<sup>113</sup>. Çalışmamızda tek başına iş gören kişileri ele alarak, İngilizce terminolojideki “*economically dependent worker*” ifadesine karşılık gelen “ekonomik olarak bağımlı çalışan” olarak isimlendireceğiz<sup>114</sup>. Bu kişi-

<sup>110</sup> BOGG, Alan, “Square Pegs in Round Holes? Collective Bargaining and the Self-Employed”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, C. 42, S. 2, 2021, s. 409.

<sup>111</sup> MOORE / NEWSOME, s. 487.

<sup>112</sup> EROL, *İşçi Benzeri*, s. 14.

<sup>113</sup> BAŞTERZİ, Süleyman, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, Kamu-İş, 2011, s. 5; ROSIORU, s. 283.

<sup>114</sup> Doktrinde bu ara kategoriye “işçi benzeri”, “yarı-bağımlı” gibi isimlerin verildiği de bilinmektedir, bkz. DOĞAN, s. 105; EROL, Abdullah, *Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı*, 2021, s. 9.

lerin “bağımlı serbest çalışan” (*dependent self-employed*)<sup>115</sup> olarak da nitelendirildiğini belirtelim.

Ekonomik olarak bağımlı çalışanların yürüttükleri faaliyet, bir yandan daha özerk gibi görünen<sup>116</sup>, serbesti kapsamında hareket edildiği düşünülen bir alanda yapılmaktadır. Çalışmalarını kural olarak bağımsız sürdürmekte ama ağırlıklı olarak tek bir kişiye veya müşteriye hizmet vermektedirler<sup>117</sup>. Bir iş sahibine “bağımlı” olarak nitelendirilirler. Bu bağımlılık, gelirin bu iş sahibi ile aradaki hukuki ilişkiden elde edilmesinden kaynaklanmaktadır ve sonuç olarak bu bir ekonomik bağımlılığa işaret eder. Ancak önemle üzerinde durulmalıdır ki; ekonomik olarak bağımlılık, işçi sıfatını gizlemek için kullanılmamalıdır. Bunun için çeşitli ülkelerde ayırt edici kriterler geliştirilmiştir. Amaç, işçi ile ekonomik olarak bağımlı çalışanlar arasındaki ayrımı netleştirmektir. Fakat bunu zorlaştıran hususlardan biri, işçiyi ayırt etmek ve sahte serbest çalışma ile mücadele etmekte kullanılan bağımlılık kavramının çok fazla alt kriteri değerlendiren esnek bir kavram olmasıdır<sup>118</sup>. Bu nedenle aşağıda şimdilik çeşitli ülkelerde mevzuat veya içtihat vesilesiyle oluşturulan kriterlere yer verilmiştir. Ardından bu tespitin İtalyan Hukukunda nasıl yapıldığı ve zaman içerisinde hukuki düzenlemelerin nasıl değiştiği ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

### A. Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışmanın Tespiti

Ekonomik olarak bağımlı çalışma yürüten kişilerin faaliyetleri, homojen bir görünüme sahip değildir. Genellikle freelance çalışmanın çeşitli türlerini yürüten bu kişiler hem işçi hem de bağımsız çalışan olarak iki uca da çekilebilir şekilde faaliyet göstermektedirler. AB düzeyinde yapılan çalışmalarda neredeyse her ülkede bu konuda bir düzenleme ihtiyacı olduğu ve bu kişileri ayırt edecek bir kriter belirleme gereksinimine işaret edilmiştir<sup>119</sup>. Ancak bu tespitin net

<sup>115</sup> EICHHORST, Werner / BRAGA, Michela / FAMIRA-MÜHLBERGER, Ulrike / GERARD, Maarten / HORVATH, Thomas / KAHANEC, Martin / KAHANCOVÁ, Marta, “**Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers**”, European Parliament’s Committee on Employment and Social Affairs, 2013, s. 25, (Çevrimiçi) <https://ideas.repec.org/b/wfo/wstudy/46989.html>, E.T. 03.06.2024; YILDIZ, Atipik Çalışma, s. 784-785.

<sup>116</sup> DVOULETÝ, Ondřej / NIKULÍN, Dagmara, “Dependent self-employed individuals: are they different from paid employees?”, **Employee Relations: The International Journal**, C. 45, S. 3, s. 705.

<sup>117</sup> MÜHLBERGER, Ulrike, **Dependent Self-Employment: Workers on the Border between Employment and Self-Employment**, Springer, 2007, s. 1; EROL, Abdullah, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı, 2021, s. 9.

<sup>118</sup> ROSIORU, s. 296.

<sup>119</sup> PEDERSINI / COLETTI, s. 27.

bir şekilde yapılması mümkün değildir. Yukarıda bahsedildiği üzere işçi kavramının dahi tanımlandığı yeknesak bir kural olmadığından, ekonomik olarak bağımlı çalışma için bu fikir birliğine evleviyetle ulaşılamamaktadır.

Bazı hukuk sistemleri, bu kişilerin içinde buldukları durumu düzenleyen kurallar geliştirerek, medeni hukuk veya ticaret hukukuna tabi tamamen bağımsız girişimciler ile bir veya birden fazla iş sahibine ekonomik açıdan bağımlı olanlar arasında ayırım yapmaktadırlar<sup>120</sup>. “İşçi benzeri”, “ekonomik bağımlı çalışan”, “bağımlı benzeri” gibi isimlendirilen, çeşitli düzeylerde ara kategorilere yer verilmektedir<sup>121</sup>. İtalyan Hukukundaki *parasubordinato* veya Alman Hukukundaki *arbeitnehmerähnliche Person* kavramları bunlara birer örnek teşkil eder<sup>122</sup>. Bu kişiler, düzenlemeler vasıtasıyla iş hukuku ve/veya sosyal güvenlik hukuku bakımından bazı koruyucu hükümlerden yararlanma imkânı bulabilmişlerdir. Bu ülkelerin her birinde amaç aynı olmasına rağmen, düzenlemeler farklılık göstermektedir<sup>123</sup>.

Ara kategoride görülen kişileri ayırt etmek için yasal düzenlemelerde yer verilen kriterler özellikle şunlar olmuştur:

- ***Hizmetin Tek veya Az Sayıda Birden Fazla İş Sahibine Sunulması***: Ekonomik bağımlı çalışmayı ayırt etmek için kullanılan alt kriterlerin başında, faaliyetin bir veya çok az sayıda kişi için sürdürülmesi gelmektedir<sup>124</sup>. Çeşitli AB üyesi ülkelerde yapılan düzenlemeler veya mahkemelerin değerlendirmelerinde de bu kritere önem verildiği görülmektedir. Örneğin 20/2007 sayılı ve 11.07.2007 tarihli İspanya Bağımsız Çalışma Yasası (LETA - Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo) m.11/1 uyarınca kişisel, doğrudan ve ağırlıklı olarak bir gerçek veya tüzel kişinin (müşteri) yararına kar amaçlı faaliyet yürüten kişiler ekonomik bağımlı çalışan (*trabajadores autónomos económicamente dependientes*- TRADE) olarak nitelendirilmişlerdir<sup>125</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında ayrıca bu kişilerin nitelendirilmesi için

<sup>120</sup> SUPIOT, Beyond Employment, s. 4.

<sup>121</sup> COUNTOURIS, The Employment Relationship, s. 38; COUNTOURIS, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 58.

<sup>122</sup> FREEDLAND, Mark / KOUNTOURIS, Nicola, **The Legal Construction of Personal Work Relations**, Oxford University Press, 2011, s. 115. Alman Hukukundaki işçi benzeri kavramının tarihsel gelişim süreci için bkz. EROL, **İşçi Benzeri**, s. 3-5.

<sup>123</sup> HEPPEL / VENEZIANI, s. 114.

<sup>124</sup> YILDIZ, Atipik Çalışma, s. 796.

<sup>125</sup> Ley del Estatuto del trabajo autónomo, 20/2007.

ek koşullara da yer verilmektedir<sup>126</sup>. Slovenya’da İş İlişkileri Yasası<sup>127</sup> m.213 uyarınca bağımsız faaliyet gösteren kişinin ekonomik bağımlı addedilmesi için gelirin %80’inin aynı kişiden edinilmesi gerekir. Alman Hukukunda Toplu Sözleşme Yasası (TVG- Tarifvertragsgesetz) §12a ile işçi benzeri kimseler düzenlenmiş ve hizmetin ağırlıklı olarak bir kişiye görülmesine işaret edilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi uyarınca bu kişiler, eğer biri için yapılan iş ağır basıyorsa ve elde edilen ücret varlığının belirleyici temelini oluşturuyor ise, birden fazla kişiye de hizmet verebilirler<sup>128</sup>.

- **Gelirin Belirli Bir Oranın Bu Hizmet Üretiminden Kazanılması:** Bazı düzenlemelerde, gelirin belirli bir yüzdesinin (örneğin yukarıda belirtilen kanunlarda İspanyol Hukuku’nda %75’inin, Alman Hukuku’nda en az %50’sinin, Slovenya Hukuku’nda %80’inin) bu hukuki ilişki yoluyla kazanılması bir şart olarak düzenlenmiştir. Kişinin işçi gibi geçimini tamamen iş sahibinin ödediği ücreti üzerinden sağlaması aranmamakta ancak yine de ekonomik olarak bağımlı addedilmesi için belirli bir seviyeyi aşması beklenmektedir. Hatta bu kriterin İspanyol Hukuku’nda %75 gibi yüksek bir oranda olması nedeniyle gerçekte ekonomik olarak bağımlı kişilerin bu statü ile koruma altına alınmaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>129</sup>.

2021 AB İşgücü Anketi (EU-LFS) kapsamında ekonomik bağımlılığı ölçmek için de bu unsurlar araştırılmıştır. Kendisini bağımsız çalışan olarak bildiren kişilere, son on iki aylık sürede kaç tane müşteri için çalıştığı ve yine bu sürede gelirin en az %75’ini bir müşteriden edinin edinmediği sorulmuştur. Anket sonucunda yapılan değerlendirmelerle AB kapsamında bağımsız çalışanların %13,9 unun ekonomik olarak bağımlı olduğu tespit edilmiştir<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> MURCIA, Joaquín García, RODRIGUEZ CARDO, Ivan Antonio, “The Concept of ‘Employee’: The Position in Spain”, **Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee**, Ed. Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, s. 673; Burcu Ezer, “Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi ‘El Real Decreto Ley 9/2021’ Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Hukuk Mecmuası / Istanbul Law Review**, C. 80, S. 3, 2022, s. 790.

<sup>127</sup> Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) Official Gazette RS, Nos. 21/2013, 52/2016.

<sup>128</sup> BAG 21.12.2010, NZA 2011, 309. (Beckonline).

<sup>129</sup> TODOLÍ-SÍGNES, Adrián, “Workers, the Self-Employed and TRADES: Conceptualisation and Collective Rights in Spain”, **European Labour Law Journal**, C. 10, S. 3, 2019, s. 258.

<sup>130</sup> HORODNÍC, Ioana Alexandra / WILLIAMS, Colin / HORODNIC, Adrian V., “Extent of dependent self-employment in the European Union”, European Labour Authority, 2023, s. 25.

- **Serbest Piyasada Serbesti Sahibi Olmama:** Piyasada tam bağımsız faaliyet sürdüren ve dilediği kişiye hizmet sunan bağımsız çalışanlardan farklı bir konumdadırlar<sup>131</sup>. Ekonomik olarak bağımlı çalışan kimselerin faaliyetlerinin bir kısmı, daha önce işçiler tarafından görülen işlerin, alınan işletmesel kararlar doğrultusunda dışarıdan gördürmesinden (*outsourcing*) oluşmaktadır. Bu nedenle her iki organizasyonun belirgin bir şekilde birbirinden ayrılması mümkün olmamaktadır<sup>132</sup>. Serbest piyasada kendi ekonomik riskini üstlenen ve kendi koşullarını özgür irade ile sözleşmenin karşı tarafına sunabilen kişilerden daha güçsüz konumda kalmaktadırlar. Ayrıca gelirin önemli bir kısmını bir diğeri için yürüttüğü faaliyetten edinmesinin sonucu olarak ortaya ekonomik bağımlılık çıkmaktadır<sup>133</sup>.
- **Hizmetin Bireysel Olarak Görülmesi:** Verilen görevler veya yapılan işler, aynen işçide olduğu gibi bireysel olarak, üçüncü bir kişinin veya bir çalışanın yardımı olmaksızın<sup>134</sup> görülmektedir. İspanyol Hukuku'nda faaliyetin bu şekilde yürütülmesi gerektiği, bu statüye dahil edilme bakımından bir koşul olarak açıkça aranmıştır (m.11/2). Alman Hukukunda da yine hizmetin “kişisel” olarak yerine getirilmesi aranmıştır (TVG §12a Abs.1). Belirtilen unsur, işin görülmesi biçiminin işçiye benzetilmesi sonucunu doğurmaktadır. Hizmetin bireysel olarak görülmesi, özellikle hastalık, ebeveynlik, kaza gibi durumlarda iş göremezlikten kaynaklanan gelir kaybına karşı korunma ihtiyacına da işaret eder. Bu nedenle örneğin İspanyol Hukuku düzenlemesinde sözleşmenin hastalık, hamilelik ve kaza gibi sebepler gösterilerek feshedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (LETA m.16).

Bazı hukuk sistemlerinde ise bu kişilere bir hukuki statü veya ara kategori verilmemekte, ancak belirli haklardan yararlandırmak üzere kanunlarda değişiklikler yapılmakta ve korunma ihtiyaçları giderilmeye çalışılmaktadır<sup>135</sup>. Örneğin Avusturya Hukuku'nda “yeni bağımsız çalışan” olarak adlandırılan kişiler, ekonomik olarak bağımlı faaliyet göstermeleri nedeniyle 1998 yılındaki Genel Sosyal

<sup>131</sup> PALLINI, Massimo, “Towards a New Notion of Subordination in Italian Labour Law?”, **Italian Labour Law E-Journal**, C. 12, S. 1, 2019, s. 9.

<sup>132</sup> ROSIORU, s. 286.

<sup>133</sup> TIČAR, Luka, “The ILO Concept of Economic Dependence in Slovenian Labour Law”, **Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu**, C. 70, S. 4, 2020, s. 519.

<sup>134</sup> Doktrinde EROL, işçide bile bazı hallerde başkasının işi ifasına imkân tanıdığına, bu nedenle işçi benzeri bakımından bu şartın istisnasız aranmasının mümkün olamayacağına işaret etmiştir, bkz. EROL, **İşçi Benzeri**, s. 11.

<sup>135</sup> EICHHORST / BRAGA / FAMIRA-MÜHLBERGER / GERARD / HORVATH / KAHANEC / KAHANCOVÁ, s. 30-31.

Sigorta Kanunu değişikliği ile kapsama alınmışlardır. Bağımsız çalışanların, özellikle her sigorta kolu kapsamında olmayanların artışı, sosyal güvenlik sistemlerinde düzenli ödemelerin etkilenmesi anlamı taşır. Bu yüzden sosyal güvenlik uygulamalarında ve özellikle yaşlılık aylığı hak etme koşullarında değişikliğe giderek bu kişilerin kapsama alınması uygulamalarına gidilmiştir. Devletlerin bütçe faaliyetlerinde sürdürülebilirlik için bu girişimler önemli görülmektedir<sup>136</sup>.

## B. Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışanları Ara Bir Kategori Olarak Düzenleyen Ülke: İtalyan Hukuku

### 1. İtalyan Hukukunda Bağımlı Çalışan Kavramı

İtalyan Medeni Kanunu, kanunumuzdaki sistematığe benzer şekilde önce m.2094'te bağımlı çalışan ("*lavoratore subordinato*") kavramını tanımlamıştır. "*subordinato*<sup>137</sup>" ifadesi, kişinin "bağımlılık" altında olduğuna işaret eder<sup>138</sup>. Kanunun 2222. maddesinde bağımsız çalışan tanımlanmış ve buna da "*lavoratore autonomo*" ("bağımsız çalışan") adını verilmiştir. Görüldüğü üzere ikili sistemdeki "bağımlı" ve "bağımsız" sıfatları üzerinden çalışma eylemi sınıflandırılmıştır.

Kanundaki koruyucu düzenlemelerden ve toplu sözleşmeden yararlananlar işçilerdir. Bu nedenle işçi niteliğinin tespitine hassasiyetle yaklaşmıştır<sup>139</sup>. Madde 2094 uyarınca bağımlı çalışan, "işverenin yönetimi ve talimatları altında iş gören"dir. Mahkemeler, iş görme ediminin ifasını nitelendirirken bu ifade doğrultusunda yorum yapmaktadırlar<sup>140</sup>. İşverenin yönetim yetkisi ve işyerindeki hiyerarşiye kanunun diğer maddelerinde de işaret edilmektedir. Kanunda iş sözleşmesinin unsurları açıkça düzenlenmemiş ve bu unsurlar mahkemelerce m.2094'ün yorumundan çıkarılmıştır. Buna göre iş ilişkisini oluşturan unsurlar; ücret, iş birliği, devamlılık, bir başkası tarafından yönetilme ("*eterodirezione*") ve işverene tabiidir<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> PEDERSINI / COLETTO, s. 28.

<sup>137</sup> Doktrinle NOGLER, hukuki bağımlılığı anlatan "subordination" kavramının İtalyan iş hukukçusu Barassi tarafından geliştirildiğini savunmaktadır. bkz. NOGLER, s. 85 dn. 8.

<sup>138</sup> DOĞAN, s. 100.

<sup>139</sup> DEL CONTE, Maurizio / GRAMANO, Elena, "Looking to the Other Side of the Bench: The New Legal Status of Independent Contractors Under the Italian Legal System", *Comparative Labour Law & Policy Journal*, C. 39, S. 3, 2018, s. 580.

<sup>140</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 584.

<sup>141</sup> ALES, Eduardo, "The Concept of 'Employee': The Position in Italy", *Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee*, Ed., Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, s. 352.

Bir başkası tarafından yönetilme unsuru, işverene idare ve kontrol etme yetkisi sağlamaktadır. *Eterodirezione* doktrini uyarınca aslında iş sözleşmesi, bu yetkiyi kullanmak için bir hukuki araca dönüşmektedir. Bu nedenle İtalyan Hukukunda iş sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilirken her seferinde yönetsel yetkiler ve disipline etme gücü bulunan bir işverenin varlığı aranır ve bu işveren, işçinin iş görmesini hangi şekilde gerçekleştireceğini belirler- işçi kendiliğinden iş görme biçimini belirleyemeyecektir<sup>142</sup>. Nitekim bu tanımın mefhum-u muhalifinden ortaya çıkan sonuç şudur ki, ortada yönetsel yetkilerle donatılmış, idare, kontrol, disiplin güçleri olan bir işveren olmadığı yani çalışan serbestçe hareket edebildiğinde, bağımsız çalışma gündeme gelecektir<sup>143</sup>.

Bu unsur aynı zamanda diğer unsurları da kendi içinden doğurmaktadır. İşçi ile işveren, belirli veya belirsiz süreli bir iş ilişkisi içerisinde olduklarında bu dönem içinde iş birliği içinde hareket ederler. İş birliği unsuru, işçinin iş organizasyonuna teknik olarak entegre olduğuna, diğer işçilerle ve işverenle beraber hareket ettiğine işaret etmektedir. İşçi, belirli bir zaman boyunca işi sürekli bir şekilde görmeyi üstlenmektedir. Bu süreklilik unsuruna işaret eder; işçi işverenin gösterdiği yerde ve zamanda hazır bulunmalıdır<sup>144</sup>. İşçi, kendisine verilen emir ve talimata tabii olacak ve bunun karşılığında da ücrete hak kazanacaktır. Bu da işçinin işverene sosyo-ekonomik tabiiyetini ve bu anlamdaki güvencesizliğini göstermektedir<sup>145</sup>.

*Eterodirezione* unsuru, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt etmek için mahkemelerin kullandığı ana element olmuştur<sup>146</sup>. Kavram, işin niteliğine göre kimi zaman daha katı, kimi zaman daha esnek biçimde yorumlanmıştır. Örneğin bazı kararlarda, işverenin verdiği emir ve talimatların “belirli bir hedefe yönelmiş, spesifik talimatlar” olması gerektiğine<sup>147</sup>, muğlak talimatların bağımlılığı göstermeye yeterli olmadığına hükmedilmiştir. Bazı iş ilişkilerinin doğası gereğince bağımlılığın bu denli katı biçimde aranmayacağına da işaret edilse de<sup>148</sup>, çalışma ilişkileri değişip iş organizasyonları dönüşüm geçirdikçe<sup>149</sup>

<sup>142</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 145; NOGLER, s. 90; ALES, s. 364; DEL CONTE / GRAMANO, s. 585; PALLINI, s. 2.

<sup>143</sup> ROSIORU, s. 297.

<sup>144</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 146.

<sup>145</sup> ALES, s. 353.

<sup>146</sup> ALES, s. 364.

<sup>147</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 145.

<sup>148</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 145 ve dipnot 2-5'teki kararlar. Evde çalışanlara dair bkz. PALLINI, s. 5 dn. 28'deki kararlar.

bir başkası tarafından yönetilme unsuru önemini muhafaza etmiştir. İtalyan iş hukuku doktrininde özellikle Alman Hukukçu Wank'ın görüşlerinden etkilenen bir grup yazar, bağımlılık kavramının değiştirilerek ele alınmasını savunmuş ise de bu görüşler azınlıkta kalmıştır<sup>150</sup>. İtalyan Yargıtayı 2008 tarihli bir kararında iş sözleşmesinin diğer unsurlarının arızı olduğunu ancak asıl olanın işçinin işverene kişisel bağımlılığı olduğunu, işçinin işverenin gücüne boyun eğmek zorunda olduğunu belirtmiş ve bunun değişmezliğine dikkati çekmiştir<sup>151</sup>.

## 2. Ara Kategori Olarak Ekonomik Anlamda Bağımlı Çalışanlar

İtalyan Hukukunda ekonomik bağımlılık kural olarak iş sözleşmesindeki bağımlılığın tespitinde olmazsa olmaz bir unsur olarak görülmemektedir. Nitekim bağımsız çalışan kimselerin, örneğin acentelerin veya koordineli katılımcı olarak adlandırılanların bir iş sahibine ekonomik olarak bağımlı olması mümkün görülmüştür<sup>152</sup>. 2012 yılı İşgücü Anketi sonuçlarında ortaya konulduğu üzere İtalya'da her dört bağımsız çalışandan biri, tek bir müşteriye yönelik faaliyet göstermektedir<sup>153</sup>. İşverenin yönetimi altında olmayan bu kişilerin ekonomik bağımlılıkları nedeniyle oluşan ihtiyaçlarını gidermek için İtalyan yasa koyucusu 1973'ten bu yana kendine has düzenlemeler getirmiştir. Bunların tarihsel gelişimi, yargılamada yarattıkları etki ve doktrindeki görüşlere aşağıda yer verilmeye çalışılmıştır.

### a. Sürekli ve Koordineli Katılımcılar

İtalyan Hukukunda 11.08.1973'te 533 sayılı Kanunla Medeni Usul Kanunu'nda yapılan bir değişiklik sonucunda, işçi ve işverenler arasındaki ilişkilere uygulanan seri ve daha az prosedür içeren bir yargılama yönteminin, işçi olarak nitelendirilmeyen, bağımsız faaliyet yürüten bazı kişilere de uygulanması öngörülmüştür. Bu kişiler, Medeni Usul Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca, "*Bir iş sahibi ile sürekli, eşgüdümlü ve esas olarak kişisel bir ilişki altında, ancak itaat olmaksızın iş birliği yapan kişiler*" (*sürekli ve koordineli katılımcı (co.co.co)*)<sup>154</sup> olarak tanımlanmıştır. Bu düzenleme, İtalyan Hukukunda işçiye alternatif bir statü getirmek amacıyla tasarlanmamış yahut bir sözleşme tipi oluşturmamıştır<sup>155</sup>.

<sup>149</sup> CASALE, s. 3.

<sup>150</sup> PALLINI, s. 5.

<sup>151</sup> İtalyan Yargıtayı İş Dairesi, Karar Tarihi: 01.12.2008, No 28525 (Naklen: ALES, s. 365).

<sup>152</sup> ALES, s. 366.

<sup>153</sup> EICHHORST / BRAGA / FAMIRA-MÜHLBERGER / GERARD / HORVATH / KAHANEC / KAHANCOVÁ, s. 39.

<sup>154</sup> *collaborazioni coordinate e continuative*: bu kavram doktrininde co.co.co olarak kısaltılmıştır.

<sup>155</sup> PALLINI, s. 8.



Doktrinde acente veya satış temsilcisi gibi kişisel, küçük çaplı faaliyet yürütenler bu kapsama alınarlara örnek verilmektedir ve çalışmalarını bakımından bağımlı-benzeri olarak nitelendirilmişlerdir<sup>156</sup>. İş sahibinin iş organizasyonu ile koordine biçimde işin yürütümü, aralarındaki ilişkinin sürekli oluşu ve çalışma ilişkisinin kişisel özellik taşıması nedenleriyle kapsama alınmışlardır<sup>157</sup>. Kişinin “katılımcı” olarak addedilmesi, onun hiyerarşik sistemde yer almadığını göstermektedir. “Süreklilik” unsuru iş sahibinin iş organizasyonu içerisinde devamlılık arz eden bir amaca yönelmesine işaret eder<sup>158</sup>. “Koordinasyon” ise geleneksel “bağımlılık” kavramının mevcut olmadığı anlamına gelecek şekilde yorumlanmaktadır. Koordinasyon, çalışan ile hizmet verdiği organizasyon arasındaki bağı oluşturan unsurdur. Ancak koordinasyon, çalışanın işçi gibi talimata veya yönlendirmeye tabi olmamasını ifade eder.

Aslında İtalyan hukukunda bağımlılığın içerisinde “iş birliği” kavramının var olduğu kabul edilmektedir. Fakat buradaki “koordineli katılımcı” olarak nitelendirilen kişi, bağımlılık altında olan “iş birliği” içindeki kişi değildir. Koordineli katılımcı, *eterodirezione* doktrininin kabul ettiği yönetim yetkisi kapsamında olmadığından gözetim, denetim ve talimat altında değildir<sup>159</sup>. Hatta İtalyan hukukunda sürekli ve koordineli katılımcıların tanınmasıyla birlikte, diğer hukuk sistemlerinin aksine bağımlılık unsurunun geniş yorumlanmasını frenleyici bir etki oluştuğu da doktrinde ifade edilmektedir<sup>160</sup>. Süreklilik ve hizmetin kişisel bir biçimde yürütülmesi de ekonomik olarak bağımlı çalışma ile tamamıyla bağımsız çalışma arasındaki farkı ortaya koymaktadır<sup>161</sup>.

Doktrinde belirtildiği sürekli ve koordineli katılımcı statüsü, İtalyan Hukuku’nda zamanla sahte serbest çalışmanın bir yöntemi olarak kullanılmaya başlanmıştır<sup>162</sup> ve yargının üstündeki yükü de arttıran bir durum oluşmuştur<sup>163</sup>. İtalyan yasa koyucusu bu durumu kontrol altına almak adına bu şekilde nitelendirilen çalışanlara yönelik sosyal güvenlik primlerini kademeli olarak arttırmış ve böylece işverenlerin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden kaçınmalarını

<sup>156</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 167.

<sup>157</sup> Countouris, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 72-73.

<sup>158</sup> Countouris, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 73.

<sup>159</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 167; Countouris, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 73.

<sup>160</sup> PALLINI, s. 8.

<sup>161</sup> Countouris, **The Changing Law of the Employment Relationship**, s. 73-74.

<sup>162</sup> PEDERSINI / COLETTA, s. 28.

<sup>163</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 588.

engellemeye çalışmıştır. 1995 yılında 335 sayılı Kanun ile ekonomik anlamda bağımlı çalıştığı kabul edilen bu katılımcılar, emeklilik reformu kapsamına dahil edilmişlerdir. Primlerin üçte birinin katılımcı tarafından karşılanması, üçte ikisinin de iş sahibi tarafından ödenmesi öngörülmüştür<sup>164</sup>. Böylece ara kategorideki kişilere bu düzenleme ile ayrı bir emeklilik fonu oluşturulmuştur<sup>165</sup>.

### **b. Projeye Dayalı İş (Lavoro a Progetto)**

Medeni Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikten 30 yıl sonra, 2003 yılında Biagi Reformu olarak anılan 276 sayılı Kararname ile “projeye dayalı iş” (“*lavoro a progetto*”) kavramı üzerinden ara kategoride çalışanların durumunda önemli ölçüde değişiklik yapılmıştır. Projeye dayalı iş, hukuka aykırı bir şekilde sürekli ve koordineli katılımcı olarak nitelendirilen kişileri korumak için getirilmiştir<sup>166</sup>. Yasa koyucu, bağımsız çalışmanın ekonomik olarak bağımlı hale geldiği şekilleri daha iyi ayırt etmeyi ve yargının üzerindeki iş yükünü bu karine ile hafifletmeyi amaçlamıştır.

Düzenlemeye göre proje olarak nitelendirilen işin, işverenin güttüğü ekonomik aktiviteye içkin olmaması ancak bunun dışında veya bununla ilişkilendirilebilir olması gerekir. Kararnamenin 69. maddesi uyarınca eğer proje m.61’de öngörülen nitelikte değilse veya çok geniş olarak belirlendi ise, bu sözleşme geçersiz olacak ve mahkeme, aradaki ilişkinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu tespit edecektir<sup>167</sup>. Burada aslında tipe uymayan sözleşmelerin iş sözleşmeleri olarak kabul edileceğine dair bir karine getirilmiştir. Böylece bu kişiler işçi olarak nitelendirilmeyecekler ancak sınırlı olarak hastalık izni, ebeveyn izni gibi düzenlemelerden yararlanabileceklerdir<sup>168</sup>.

Doktrinde projeye dayalı işin sınırlarının belirsiz olduğu ifade edilmiş<sup>169</sup>; iş sahibinin bu karinenin aksini kanıtlayabileceği, arada *eterodirezione* unsurunun yer almadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği ileri sürülmüştür<sup>170</sup>. Kararname m.69/3 uyarınca yargıçlar, sözleşme kapsamında belirlenen projenin

<sup>164</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 166.

<sup>165</sup> PEDERSINI / COLETTI, s. 28.

<sup>166</sup> PERULLI, Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work, s. 167.

<sup>167</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 589.

<sup>168</sup> GRAMANO, Elena, “Italy”, **Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe: Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights**, Ed. Bernd WAAS / Christina HIESSL, Wolters Kluwer, Hollanda, 2021, s. 160.

<sup>169</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 589.

<sup>170</sup> PALLINI, s. 10.

niteliğine dair bir uygunluk değerlendirmesi yapamayacaklar, inceleme yalnızca şekli olarak yürütülecektir. Böylece kanunu dolanmak isteyenler, yalnızca bir tip proje yaratarak yükümlülüğü yerine getirdiklerini kâğıt üzerinde ortaya koyabilirler<sup>171</sup>. Bu nedenle doktrinde, değişikliğin 30 yıldır ortaya çıkan sorunları çözmeye elverişli olmadığı, daha da kırılğan bir çalışma grubu yarattığı eleştirisi de getirilmiştir<sup>172</sup>.

2012 yılında -Fornero kanunu olarak bilinen- 92 sayılı Kanun ve 134 Kanun ile yapılan değişiklik ile artık bağımsız yüklenici statüsü ile aşağıdaki koşullardan ikisini sağlayan kişiler ‘sürekli ve koordineli katılımcı’ olarak addedileceklerdir;

- son iki takvim yılında iş sahibinin organizasyonu içerisinde 8 ay faaliyet göstererek çalışan kişiler,
- yıllık gelirin %80 veya daha fazlasını bir müşteri veya birlikte ortak bir menfaatleri olan birden fazla müşteriden elde edenler,
- iş sahibinin işyeri olarak nitelendirdiği yerde daimi bir yerde faaliyet gösterenler.

Belirtilen şartların çoğunluğunun sağlanması durumunda karine olarak ara kategoride çalışma yürütüldüğü kabul edilecektir<sup>173</sup>. İtalyan Hukuku bağımsız yüklenici statüsünde olan kişilerin ekonomik olarak bağımlı olduğuna dair bir hukuki karine getiren tek sistemdir<sup>174</sup>. Diğer sistemlerde karineler, aradaki bağımlılık ilişkisinin varlığına ilişkindir.

### *c. İtalyan Çalışma Yasası (Italian Jobs Act)*

Güvenceli esneklik ihtiyacını gideremeyen<sup>175</sup> sistemi değiştirmek üzere 183 numaralı Kanunla kabul edilen Reform Programı, 15.12.2014’te kabul edilmiştir. Kanunun çeşitli hükümleri 2015 ile 2017 yılları arasında yürürlüğe girmiştir. Bu reformla amaçlanan, “projeye dayalı iş” sistemini devreden çıkararak işve-

<sup>171</sup> Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship*, s. 76.

<sup>172</sup> Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship*, s. 77-78.

<sup>173</sup> Doktrinde TIRABOSCHI, burada “projeye dayalı iş” düzenlemesindeki proje unsuru atlandığı için aslında karinenin ara kategoriye değil, iş ilişkisine dair olduğunu savunmaktadır, bkz. TIRABOSCHI, Michele, “Italian Labour Law after the So-Called Monti-Fornero Reform (Law No. 92/2012)”, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2012, s. 64.

<sup>174</sup> ROSIORU, s. 290.

<sup>175</sup> CHERRY, Miriam A., “The Cautionary Tale of the Intermediate Worker Category in Italy: In Response to Del Conte and Gramano”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, C. 39, S. 3, 2018, s. 642.

renleri belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmaya yönlendirmektedir<sup>176</sup>. Yasa koyucu bu yönlendirme için işçilerin sosyal güvenlik masraflarını azaltma yolunu izlemiş ve iş hukukunun uygulama alanını genişletmiştir<sup>177</sup>.

Çalışma eylemi -işin ifası, işin yapılacağı zaman ve yeri- bir iş sahibi tarafından organize ediliyorsa, bu durumda esas olarak işçi tanımına (*eterodirezione*) uymasa bile 2015 tarih ve 81 sayılı Kararname m.2 ile kişinin işçi gibi koruma altına alınacağı belirtilmiştir. Düzenleme ile işin bir iş sahibi tarafından “organize edilmesi” (*hetero-organization*) kavramının merkeze alınması söz konusudur<sup>178</sup>. Bu değişiklik doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre yasa koyucu işçi tanımını düzenleyen MK m.2094’ü değiştirmemiş, bunun yerine yeni bir kural getirerek belirli özellikleri taşıyan hukuki ilişkilerle çalışan kişileri, iş hukukunun koruma alanına almıştır<sup>179</sup>. Böylece iş ilişkisini belirleyen *eterodirezione* unsuru varlığını sürdürecektir. Ancak yeni düzenleme tipoloji tesis etme yönündeki dogmatik yöntemi kullanmak yerine, pragmatik olarak sonuca (etkilere) yönelmiştir<sup>180</sup>. Bir diğer görüşe göre ise bu tanımla “bağımlılık” kavramı genişletilmiştir. Artık bağımlılık, yönetim yetkisinin somut bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını araştırarak şekilde yorumlanacaktır<sup>181</sup>. Yürürlüğe girmesinden üç yıl sonra, Torino Temyiz Mahkemesi tarafından ele alınan bu düzenleme, Foodora platformu sürücülerini tarafından açılan bir davada ilk derece mahkemesi kararını bozma gerekçesi olarak kullanılmıştır. Böylece hükmün, statüsü son derece tartışmalı olan platform çalışanları bakımından önem arz edeceği ortaya çıkmıştır<sup>182</sup>. Ayrıca ara kategorilerden yeniden belirsiz süreli iş sözleşmesine doğru eğilimin temelinde, ara kategorileri veya esnekleştirme amacıyla getirilen çalışma modellerinin işverenlerce kötüye kullanılması yatmaktadır<sup>183</sup>.

Reform kapsamında yapılan ikinci büyük değişiklik, İtalyan Hukukunda ilk kez bağımsız çalışanların korunmasına dair düzenlemelerdir. Kapsama dahil olanlar içerisinde zorunlu olarak birlik veya oda kaydı yaptırma yükümlülüğü

<sup>176</sup> DEAKIN, Simon, “Assessing the Italian Jobs Act: A Comment on Del Conte and Gramano”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, C. 39, S. 3, 2018, s. 607.

<sup>177</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 582.

<sup>178</sup> PALLINI, s. 11.

<sup>179</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 590.

<sup>180</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 592; PALLINI, s. 11-12.

<sup>181</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 591.

<sup>182</sup> PALLINI, s. 12-13.

<sup>183</sup> DEAKIN, s. 608.

altında olanlar, işçi benzeri olanlar ve dönemsel olarak katılımcı statüsünde faaliyet yürütenler vardır<sup>184</sup>. Belirtilen kişiler bağımsız olmakla birlikte sürekli olarak piyasaya iş sunmak zorundadırlar; özellikle küçük ölçekli çalışanların pazarlık pozisyonu da güçsüzdür. O yüzden rekabet ve piyasa koşulları bakımından korunma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır<sup>185</sup>. “Bağımsız Çalışma Kanunu” olarak bilinen 06.06.2017 tarihli 81 sayılı Kanun ile sözleşme koşullarının iş sahibi tarafından tek taraflı değiştirilebileceğini, makul bildirim süresi verilmeksizin sözleşmenin iş sahibince feshini ve kendisine gönderilen ödeme belgesinden itibaren 60 günden fazla süre sonra ödeme yapılacağını öngören sözleşme hükümleri, kötüye kullanım olarak nitelendirmiş ve geçersiz sayılmıştır (m.3). Bu düzenleme, yıllarca doktrinde işaret edilen ancak yasa koyucu tarafından sözleşme özgürlüğüne müdahale gerekçesiyle reddedilen ekonomik bağımlılık durumuna dayanan bir değişiklik olmuştur<sup>186</sup>. Ekonomik bağımlılık, bir teşebbüsün başka bir şirketle ticari ilişkilerinde aşırı orantısızlığın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Ekonomik bağımlılığın olup olmadığı, bağımlı tarafın piyasada tatmin edici alternatifler bulmasına yönelik ciddi veya gerçek ihtimaller de dikkate alınarak değerlendirilmelidir<sup>187</sup>. Düzenlemenin dayanağı 1998 tarihli 192 sayılı Kanun’un 9. maddesi olmuştur, ilgili maddeye göre ekonomik bağımlılık durumunda bir veya birden fazla teşebbüsün bu konumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. İş sahibinin yazılı sözleşmeyi yapmayı reddetmesi de kanunun kötüye kullanım olarak nitelendirilmektedir<sup>188</sup>

81 sayılı Kanun ile ayrıca bağımsız çalışan kadınların analık ödeneğinden doğumdan önce 2 ay ve doğumdan sonra 3 ay olacak şekilde yararlanması düzenlenmiştir. Bu hakkı kullanmaları, faaliyetlerinin durdurulmasından bağımsız olarak mümkün görülmüştür; böylece çalışmaya devam edip ödeneği alabilirler (m.13). Bununla birlikte bağımsız çalışan kadının analık hali, erkek veya kadının hastalığı, kazaya uğraması gibi haller, aynı iş sahibine sürekli bir biçimde çalıştıkları ölçüde sözleşmenin feshine sebep oluşturmayacaktır (m.14). Ayrıca bağımsız çalışanlara çocuklarının ilk üç yaşına dek 6 aya kadar ebeveyn izni sağlanmaktadır. (m.8). Özellikle platform çalışmalarının nitelendirilmesinde yaşanan zorluk, İtalyan yasa koyucusunu onları işçi olarak tanımlamaksızın bu

<sup>184</sup> MAZZANTI, Caterina, “Economic Dependency and Contractual Imbalance of Self-Employed Workers in the Italian Legal Framework”, *Italian Labour Law E-Journal*, C. 14, S. 2, 2021, s. 18.

<sup>185</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 600.

<sup>186</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 602.

<sup>187</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 602.

<sup>188</sup> DEL CONTE / GRAMANO, s. 601; MAZZANTI, s. 19.

hakları sağlayabilecek yollar bulmaya itmiş, ancak bu durum da doktrinde eleştirilmiştir; çünkü platformların bu durumları kötüye kullanmalarını engelleyecek düzenlemeler yapılmadan, iş hukukunun etkinliğini kaybetmesine yol açacak sorunların çözülmesi zor görülmektedir<sup>189</sup>. Yine farklı yazarlar da İtalyan hukukunda son 30 yılda yaşanan bu değişikliklerin ara kategorilere hassasiyetle yaklaşma hususunda bir ders niteliğinde olduğunu ifade etmektedirler<sup>190</sup>.

### III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN EKONOMİK OLARAK BAĞIMLI ÇALIŞMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Pozitif Hukuk Kurallarının Değerlendirilmesi

Türk Hukukunda geleneksel ikili sistem esas alınmış; işçi ve bağımsız çalışan olarak iki grubun varlığı kabul edilmiştir. Türk İş Hukukunda işçi tanımı İŞK m.2'de (854 sayılı Deniz İş Kanunu m.2/B ile gemiadamı, 5953 sayılı Basın İş Kanunu m.1/2 ile gazeteci tanımları) yapılmıştır. Buna göre bir iş sözleşmesiyle çalışan gerçek kişi, işçidir. Türk Hukukunda bağımsız çalışanlara özgü bir düzenleme de mevcut değildir. Bağımsız çalışan, bağımlı çalışan (işçi veya memur) olmayan herkesi tanımlayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Böylece işçi ve bağımsız çalışmanı ayırt etmek için iş sözleşmesini, dolayısıyla bağımlılık unsurunu tespit etmek gerektiği anlaşılmaktadır. Bağımlılık unsurunun neleri içerdiği, pozitif hukuk kuralı ile düzenlenmemiştir. Bu nedenle ilgili kavram, doktrin görüşleri ve mahkeme kararları ile somutlaştırılmaktadır. Hukuki bağımlılık, ekonomik bağımlılığı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmakta ve ekonomik bağımlılık mahkemelerce ancak bir alt kriter olarak değerlendirilmektedir<sup>191</sup>.

Bağımsız çalışanlar da iş görme edimi içeren ve ivazlı, çeşitli tipik ve atipik sözleşmelerle faaliyet yürütmektedirler; bu sözleşmeler bağımsız çalışanın kazancını elde edeceği hukuki aracı oluştururlar. Doktrinde eser veya vekalet sözleşmelerinde de ekonomik bağımlılığın söz konusu olabileceği, aynı şekilde işçinin de işverenden ekonomik olarak bağımsız olma ihtimali bulunduğu, bu nedenle ekonomik bağımlılığın iş sözleşmesini ayıran mutlak nitelikte bir ölçüt oluşturmadığı<sup>192</sup> savunulmuştur<sup>193</sup>. Doktrinde Sümer de kendi müşterisi

<sup>189</sup> DEAKIN, s. 610.

<sup>190</sup> CHERRY, The Cautionary Tale, s. 644.

<sup>191</sup> DOĞAN, s. 105.

<sup>192</sup> Doktrinde GÜZEL, tek bir müşterisi olan bağımsız çalışanın ekonomik yönden bağımlı olduğunun tartışmasız olduğunu belirtmekle, ekonomik bağımlılık unsurunun sosyal konuma göre sözleşme niteliğini belirleme sonucunu doğuracağını ve hukukun bunu dikkate almayacağını ifade etmiştir. GÜZEL, s. 104; BAŞTERZİ, s. 26-27.

olan, üretim araçlarına sahip olan, işine ilişkin karar verme hakkı bulunan, ekonomik riski üstlenen, kar ve zararı kendi üzerine olan kimselerin başkası yararına iş görse de iş sözleşmesiyle değil, eser sözleşmesiyle çalıştığını ifade etmektedir<sup>194</sup>.

Ekonomik bağımlılık, iş sözleşmesini ayırt edici bir özellik olarak ele alınmamıştır. Doktrinde Güzel, ekonomik bağımlılık kavramının esas alınması sonucunda iş sözleşmesinin varlığının dışlanacağını, ücret karşılığı iş yerinde çalışmanın esas alınacağını belirtmektedir<sup>195</sup>. Ayrıca eğer sırf ekonomik olarak güçsüz konumda olma bir kriter olarak değerlendirilirse, iş hukukunun kapsamı gereğinden fazla genişleyecektir<sup>196</sup>. Doktrinde Alpagut, bir işte çalıştığı sürece herkesin ekonomik olarak bir veya daha fazla kişiye bağımlı olduğunu, iş hukuku bağlamında önemli olanın hukuki bağımlılık olduğunu ifade etmektedir<sup>197</sup>. Başterzi ise ekonomik bağımlılık ölçütünün daha ziyade işverene ekonomik bağımlılığı bulunan ancak tam anlamıyla bağımsız çalışan olarak sayılmayan “işçi benzeri” kişilerin tespit edilmesi bakımından fonksiyona sahip olduğunu ifade etmektedir<sup>198</sup>.

Türk İş Hukuku doktrininde baskın görüş uyarınca ekonomik olarak bağımlı çalışanlara bir ara kategori tanımlanmamış veya bu kişilerin bağımsız çalışanlar içerisinde ayrı bir yeri olduğu belirtilmemiştir. Doktrinde Bakırcı ise baskın görüşten ayrılarak evde hizmet sözleşmesi ve pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin Türk İş Hukukunda ara bir kategori olarak düzenlendiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre belirtilen çalışmalar, bağımlı çalışma ile bağımsız çalışma arasında “gri alan” oluşturmaktadır<sup>199</sup>. Klasik işyeri dışında evde çalışanlar<sup>200</sup> veya pazarlamacılar gibi kişiler de hukuki düzenlemelerle işçilere ben-

<sup>193</sup> BAŞTERZİ, s. 4.

<sup>194</sup> SÜMER, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru (Karar İncelemesi)”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 19, 2010, s. 70.

<sup>195</sup> GÜZEL, s. 104.

<sup>196</sup> EKONOMİ, s. 14; SUPIOT, *Beyond Employment*, s. 14.

<sup>197</sup> ALPAGUT, *Hekimlerin Hukuki Statüsü*, s. 26.

<sup>198</sup> BAŞTERZİ, s. 5.

<sup>199</sup> BAKIRCI, Kadriye, “The Concept of ‘Employee’: The Position in Turkey”, *Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee*, Ed. Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, s. 728.

<sup>200</sup> Eski Borçlar Kanunu’nun 322. maddesinde işçinin parça başına veya götürü çalışıp iş sahibinin nezaretinde bulunmaması durumunda işlediği madde veya işin sözleşme kapsamında görülmesinde sorumluluk bakımından istisna (“eser”) sözleşmesine dair hükümlerin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiş idi. Ayrıntılı inceleme için bkz. GÜLVER, Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 2, 2014, s. 105.

zetilmiştir<sup>201</sup>. Kanımızca Post-Fordist olarak adlandırılan içinde bulunduğumuz dönemde bir işverenin organizasyonu kapsamında evde çalışanlar veya pazarlamacıların artık eskisi kadar “bağımsız” olmadıkları ele alındığında, teknolojik iletişim imkanlarının kişiyi sürekli kontrol etmeye yarayacak, hiyerarşik gücü elinde bulunduracak bir uzaktan çalışma ortamı yaratmasının mümkün olması göz önüne alındığında, bu kişilerin faaliyetleri bağımlılık unsuru bağlamında yorumlanmalı<sup>202</sup> ve fiziksel olarak iş gördükleri yerin dışındaki unsurlar hassasiyetle incelenmelidir.

İş hukukundan farklı olarak sosyal güvenlik hukukunun kapsamı işçilerden ibaret değildir. Gerçekten 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>203</sup> kapsama herkesi alacak şekilde düzenlenmiştir. Hem profesyonel bir çalışma eylemi içinde bulunarak gelir elde eden, hem de sisteme gönüllülük esasıyla katılmak isteyen herkes bu Kanun kapsamına alınmıştır. Elbette bağımsız çalışanlar da sistemin bir parçası olmaktadır, ancak prim borçlusu bağımsız faaliyeti yürütenin kendisi olmaktadır. Bu kişiler kural olarak 5510 sayılı Kanun m.4/1-b uyarınca sigortalıdırlar.

Öte yandan iş sözleşmesi ile çalışmamasına rağmen birtakım kişiler de kanun kapsamında sayılmıştır. Hatta iş sözleşmesi ile çalışanların tabi olduğu m.4/1-a kapsamında sigortalı sayılacakları belirtilmiştir. Belirtilen kişiler, “işçi sendikaları ve konfederasyonlarının başkan ve yöneticileri”, “bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat dallarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar”, “koruma bekçileri”, “genelev kadınları”, “Milli Eğitim Bakanlığı kurslarında usta öğretici olarak çalışanlar”, “Türkiye İş Kurumu’nun düzenlediği Toplum Yararına Çalışma programından yararlananlar”dır. Bu kişiler işçi olmamakla birlikte ekonomik olarak tek bir işverene bağımlı olmak bakımından işçi gibi nitelendirilmişlerdir.

## B. İctihadın Değerlendirilmesi

Türk Hukukunda bağımlılık unsuru iş ilişkisinin ayırt edici unsuru olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 1967 tarihli kararı bağımlılık unsurunun bu özelliğini ortaya koymakta ve ayrıca bu özelliğin kişisel / hukuki bir

<sup>201</sup> Doktrinde BAKIRCI, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen evde hizmet sözleşmesi ve pazarlamacılık sözleşmesinin “işçi benzeri” kişileri ara bir kategoride nitelendirmek ve herhangi bir bağımlılık aranmaksızın korumak amacıyla getirildiğini savunmaktadır, bkz. BAKIRCI, s. 728.

<sup>202</sup> SUPLOT, Beyond Employment, s. 15.

<sup>203</sup> R.G. 16.6.2006, S. 26200.



nitelik taşıdığını, işçinin işverenin gözetimi ve yönetimi altında hizmet ettiğini belirtmektedir<sup>204</sup>. Türk İş Hukuku'nda 2000'li yılların başı itibariyle çok alt-ölçütlü bir yaklaşım izlenmeye başlanmış ve yapılan karar incelemeleriyle doktrinde bu ölçütler değerlendirilmiştir<sup>205</sup>. Belirtmek gerekir ki tüm işçiler için ortak bir bağımlılık "reçetesi" yoktur, her iş yerinde her işçi için bağımlılık unsuru farklı bir şekilde görünecektir<sup>206</sup>.

İşverence organize edilen bir çalışma ilişkisinin varlığı, atipik çalışmada bağımlılığın tespiti için ana unsur olarak kullanılmıştır<sup>207</sup>. Organizasyon kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ikinci maddesiyle Türk İş Hukukuna da dahil olmuştur. İşçinin bilgi birikimi, uzmanlığı daha belirginse, işin görülme biçimi bakımından işçinin teknik bağımlılığı daha zayıf bir görünüme sahip olacaktır. Örneğin özel okulda çalışan bir öğretmenin müfredat çerçevesinde dersi işleyiş biçimi veya özel hastanenin çalıştırdığı uzman bir hekimin<sup>208</sup> hastayı nasıl muayene edeceğine - özetle mesleğin ifasına- yönelik talimat verilmemektedir; çünkü bu kişi uzmanlık gerektiren bu işi görmek konusunda en üst bilgi birikimine ve yetkinliğe sahip olduğu gerekçesiyle işe alınmaktadır. Burada verilen talimatlar işin spesifik olarak nasıl görüleceğine dair olmayıp daha genel nitelikte talimatlar olabilir. Bu konuda işverenin emir ve talimat vermemesi ya da daha genel nitelikte talimatlar verilmesi, aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemez<sup>209</sup>. Bu nedenle "iş organizasyonu kapsamında bir işverenin adına ve hesabına iş görme<sup>210</sup>", bağımlılığın tespiti bakımından çok önem verilen bir ölçüte dönüşmüştür<sup>211</sup>.

Esnekleşme ihtiyacı doğrultusunda işçi sabit olmayan bir şekilde çalışabilir veya başka bir yerde bulunabilir<sup>212</sup>. Doktrinde Şahlanan, daimî olarak başka bir ülkede ikamet eden işçiye yönelik incelediği kararda, "*çerçevesini işverenin*

<sup>204</sup> AYM T. 26-27.9.1967, 1963/336 E. 1967/29 K., R.G. 19.10.1968, S. 13031(Kazancı).

<sup>205</sup> BAŞTERZİ, s. 13.

<sup>206</sup> GÜZEL, s. 108.

<sup>207</sup> DOĞAN, s. 210.

<sup>208</sup> Yargıtay 22. HD, T. 02.09.2015, 2015/18816 E., 2015/23935 K. (Legalbank).

<sup>209</sup> SÜMER, s. 69; ALPAGUT, Hekimlerin Hukuki Statüsü, s. 26-27.

<sup>210</sup> KUBAN, s. 63; BAŞTERZİ, s. 11; ALPAGUT, Gülsevil, "Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları", **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, ed. Kübra DOĞAN YENİSEY / Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 100.

<sup>211</sup> KUBAN, s. 60; GÜZEL, s. 109; DOĞAN, s. 33; AYKAÇ, s. 89-90; EROL, **Bağımlılık**, s. 110.

<sup>212</sup> UŞAN, M. Fatih, "Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2000, s. 6.

*çizerek organize ettiği bir işi yapmak, genel nitelikte de olsa yine bir bağımlılık ilişkisinin varlığını ortaya koymaktadır*” diyerek işverence organize edilmenin önemini ifade etmiştir<sup>213</sup>. Kimi durumlarda organizasyon yerine kontrol ve denetime ağırlık verilmiştir. Örneğin 2015 tarihli bir Yargıtay kararında, avukatın sözleşmesinin vekalet sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğunu ele alırken, “*Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir*”<sup>214</sup>. Böylece atipik çalışma şekillerinde bağımlılık ilişkisinin olup olmadığı, bağımlılık unsuru esnetilerek tipe uydurmak suretiyle belirlenmiştir. Ancak bu yöntemin ortaya çıkardığı sorun, kanaatimizce, alt unsurların<sup>215</sup> nereye kadar esnetilebileceğinin belirsiz olmasıdır<sup>216</sup>. İşçi kavramını ortaya koymak için her olayda farklı bir alt unsura ağırlık verilirse, kavramın belirsizleşmesi sorunu da ortaya çıkabilir. Bu durumda çalışması gri alanda olan kişilerden kimin işçi olarak nitelendirilip korunacağı, kimin bağımsız çalışan sayılacağına dair bir öngörude bulunmak da mümkün değildir. Zira bu tespiti güçleştiren, atipik sözleşmelerle çalışılması ve sözleşme koşullarının geleneksel yöntemlerin dışında özellikler taşımasıdır. Örneğin bazı sözleşmelerde ekonomik riskin çalışanın üzerinde olduğu görünümü veren ceza koşullarına, işçi çalıştırma gereksinimine ya da makbuz kesme yükümlülüklerine yer verilmektedir. Yargıtay’ın 2013 tarihli bir kararında gayrimenkul danışmanlığı faaliyetini yürüten kişinin işçi olmadığı sonucuna varılırken fatura düzenleme yetkisine dayanılmıştır<sup>217</sup>.

Türk Hukukunda bir kişinin ekonomik olarak bağımlı çalışmasının nasıl nitelendirildiği sorunu öncelikle satış temsilciliği veya “estetik partner” gibi isimlendirilen kişilerin durumlarında sorgulanmıştır. Sözleşmesinde “estetik partner” olarak isimlendirilen ve kendi nam ve hesabına ürün sattığı belirtilen kişiler, işverence sözleşmelerinin feshedildiğini ileri sürerek veya hizmetlerinin tespitini talep eden davalar açmışlar ve bu davalarda temelde ortadaki ilişkinin iş ilişkisi olup olmadığı değerlendirilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu ko-

<sup>213</sup> ŞAHLANAN, Fevzi, “İşçi Sifatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, 2005, s. 41.

<sup>214</sup> Yargıtay 22. HD, T. 02.09.2015, 2015/18816 E., 2015/23935 K. (Lexpera).

<sup>215</sup> Mahkemelerce yapılan değerlendirmede ele alınan ölçütlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. EROL, **Bağımlılık**, s. 116 vd.

<sup>216</sup> Aynı yönde bkz. DEL CONTE / GRAMANO, s. 586.

<sup>217</sup> Yargıtay 19. HD 2013/5557 E., 2013/11061 K. (Naklen: DOĞAN, s. 245).

nuda 2010 tarihinde verdiği bir kararında<sup>218</sup>, bağımsız çalışan ile bağımlı çalışanı ayıranın işin yönetim ve gerçek denetiminin kime ait olduğuna işaret etmiştir. İşçi işverence önceden belirlenen bir amaca yönelmekte iken bağımsız çalışan böyle bir yükümlülük altında değildir. Yüksek Mahkeme bu noktada işçinin bağımlılığını gösteren kriterlerin keskin bir biçimde bulunmamasına rağmen iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetiminin olduğu durumlarda bağımlı olduğundan bahsedebileceğinin altını çizmiştir. Kişinin iş kaybetme riski olmadan görevi reddedip reddedememesi de önemli bulunmuştur. Ayrıca “*münhasıran aynı iş sahibi için çalışma*” da bu kararda ifade edilmiş bir bağımlılık ilişkisi kanıtı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararda bağımsız çalışmayı gösteren birtakım kriterlere de işaret edilmiştir, bunlar “çalışanın kendi işçi ve müşterilerinin bulunması, münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin ücretinin kendisi tarafından ödenene yardımcı eleman çalıştırması<sup>219</sup>”dır. Burada her iki çalışma türünün de özelliklerini içeren bir ilişki mevcuttur<sup>220</sup>.

Söz konusu kararda dikkati çeken husus, aradaki ilişkinin başladığı dönemde yani 20.2.1992 - 28.8.1996 tarihleri arasında Sosyal Sigortalar Kurumu’na yapılan prim ödemelerinin davalı tarafından ödenmiş olması ve fakat sonrasındaki dönem ile çalışma şartları ve sözleşme kapsamında hiçbir farklılık olmamasıdır. İlk derece mahkemesi, hukuki ilişki bakımından arada farklılık olmadığını gözetmeksizin prim ödenen dönemdeki alacakları kısmen kabul etmiştir. İlk derece mahkemesi her ne kadar somut olayda bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı yönünde karar vermişse de işverenin prim ödediği dönem bakımından arada iş ilişkisi bulunduğunu ikrar ettiğinden bahisle bu dönemki işçilik alacaklarının kısmi olarak kabulü kararı vermiştir<sup>221</sup>. Kural olarak yargıç, tarafların isimlendirmeleri ile bağlı değildir ve aradaki hukuki ilişkinin niteliğini kendisi belirler. Ancak estetik partner olarak nitelendirilen kişilerin adına prim ödenen dönem “iş ilişkisi”, sonrasındaki dönemi ise bağımsız çalışma olarak nitelendirmiştir. Bu değişimle birlikte çalışmanın niteliği değişmemiştir. Bu bakımdan kanaatimizce eğer bir bağımsız çalışma olduğu kabul edilmekte ise ilgili dönemdeki sigortalılık statüsünün de buna göre nitelendirilmesi gerekirdi. Benzer başka bir uyuşmazlıkta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, arada bağımlılık unsurunun bulundu-

<sup>218</sup> Yargıtay 9. HD, T. 22.02.2010, 2008/10530 E., 2010/4617 K. (Lexpera).

<sup>219</sup> BAŞTERZİ, s. 16.

<sup>220</sup> Kararın incelemesi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, Kamu-İş, 2012, s. 9-10.

<sup>221</sup> SÜMER, s. 68.

ğu yönünde karar vermiş<sup>222</sup> ise de direnen ilk derece mahkemesi kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu hukuki ilişkinin pazarlamacılık sözleşmesi olmadığına hükmetmiştir<sup>223</sup>.

Son yıllarda freelance çalışmalar<sup>224</sup> bakımından da uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır. 10. Hukuk Dairesi, bu çalışmalarda bağımlılık unsurunun “iş organizasyonu” kriteriyle belirleneceğine, taraflar arasındaki ilişkinin özelliklerine ve mahiyetine göre değerlendirme yapılarak, ilişkinin ‘kendi adına bağımsız çalışmayı’ aşarak işverene hizmet sözleşmesi ile bağımlı çalışma niteliği kazanıp kazanmadığının önemli olacağına hükmetmiştir<sup>225</sup>. Ancak kastedilen bağımsız çalışma sınırının nerede aşıldığını ortaya koymamıştır. Konu, 2024 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında yeniden ele alınmış, bağımlılık unsurunun varlığı hususundaki kararında direnen ve yeterli incelemeyi yaptığını iddia eden ilk derece mahkemesinin kararı, incelemenin yetersiz olduğu gerekçesiyle bozulmuştur<sup>226</sup>. Bu tespit, özellikle çok fazla alt kriteri değerlendirme gerekliliği nedeniyle kolay olmamaktadır. Zaten asıl sorun, her iki çalışmaya da benzerlik gösteren çalışmalarda bağımlılık unsurunun yetersiz kalmasıdır. Hangi noktada kendi adına bağımsız çalışmayı aşarak hizmet sözleşmesi ile bağımlı hale geldiğinin anlaşılması için çok sayıda unsurun ele alınması gerektiğine Yargıtay tarafından da işaret edilmiştir. Bu durum, hukuki belirliliği zedelemektedir. Kanımızca bu şekilde faaliyet yürüten ve ekonomik olarak bağımlı çalışanların faaliyetini kategorize etmenin zorluğu göze alındığında, gelirin belirlenmesi bir ora-

<sup>222</sup> Yargıtay 9. HD, T. 19.10.2015, 2015/22587 E., 2015/28954 K. (Lexpera).

<sup>223</sup> HGK T. 16.11.2016, 2016/1414 E., 2016/1072 K. ve kararın incelemesi için bkz. DULAY YANGIN, Dilek, “Hizmet Sözleşmesinin Özel Bir Türü Olarak Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Unsurları (Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)”, “Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Ed. Kübra DOĞAN YENİSEY, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 888 vd.

<sup>224</sup> Bu tür çalışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Atipik Çalışma, s. 797.

<sup>225</sup> Yargıtay 10. HD, T. 28.10.2021, 2021/1489 E., 2021/13086 K.; Yargıtay 10. HD T. 24.05.2021, 2019/1184 E., 2021/6935 K.; Yargıtay 10. HD, T. 18.04.2022, 2022/2473 E., 2022/5773 K. (Lexpera).

<sup>226</sup> HGK. T. 07.02.2024, 2022/1252 E., 2024/72 K., (Lexpera) Karara göre: “davalı işverenin iş organizasyonunun niteliği ve faaliyet alanı esas alınmak suretiyle davacının iddia ettiği çalışmayla ilgili olarak taraflar arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığı, yapılan işin spesifik bir iş yapımı yani eser mi yoksa davalının faaliyeti ile ilgili düzenli olarak yapılan rutin işler kapsamında mı olduğu, kontrol ve denetiminin nasıl yapıldığı, davalı işverence beğenilmeyen çalışmalar olduğu takdirde düzeltmenin nasıl sağlandığı, davacının bilgi ve cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı, taraflar arasında işin yapılması ve teslimi için sürenin nasıl belirlendiği, süresinde yapılmaması veya teslim edilmemesi durumunda yaptırımın bulunup bulunmadığı, davacının her gün düzenli olarak çalışıp çalışmadığı ve günde kaç saat çalıştığı, taraflar arasındaki ilişkinin sona erme sebebinin ne olduğu, davacının uyumsuzluk konusu dönemde dava dışı kişilere aynı çalışma şekliyle hizmet verip vermediği, evden çalışma şeklinde de olsa kendisine ait bir iş organizasyonu olup olmadığı, başkasını çalıştırıp çalıştırmadığı, ilişkilerin bozulmasına dair bir risk olmadan verilen işi reddedip edemeyeceği, taraflar arasında ücretin nasıl belirlendiği, belirlenen ücretin telif ücreti mi yoksa aylık ücret mi olduğu, belirlenen ücret dışında ayrıca ödeme yapıp yapılmadığı araştırılarak açıklığa kavuşturulmalıdır”.

nını tek bir iş sahibinden elde eden freelance çalışma yapanların 5510 s.K. m.4/2'deki sigortalılık halinden yararlandırılması, bu kişilerin işçi olarak nitelendirilmeksizin sosyal güvenlik ihtiyaçlarını gidermeye katkı sağlayabilecek bir yöntem olabilecektir.

### C. Ara Kategorinin Kabulü Halinde Türk Hukukunda Öngörülen Risk: Sahte Ekonomik Olarak Bağımlı Çalışmanın Gelişmesi

Türk Hukukunda görüldüğü üzere gri alanda kalan çalışmalar, bağımlılık unsurunun yorumlanmasıyla değerlendirilmektedir. Faaliyetlerin farklı isimlerle “bağımsız” olarak nitelendirilmesi, atipik sözleşmelerin ardına gizlenmesi nedeniyle sıklıkla sahte serbest çalışma olgusu ortaya çıkmaktadır. Bu durumun bir örneği, kargo şirketlerinin çalıştırdıkları kişileri “acente” olarak isimlendirmeleridir. Yargıtay’ın 2021 tarihli bir kararında da Bölge Adliye Mahkemeleri kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için, kargo firması ile iş gören kimse arasında acentelik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığının tespit edilmiştir<sup>227</sup>. Yapılan değerlendirmede, sözleşme koşullarının işverence acente olarak nitelendirilen kimseye dayatıldığı anlaşılmıştır.

Uygulamada motokuryeler de gri alanda faaliyetin bir örneğini oluşturmaktadırlar<sup>228</sup>. Kendilerini bağımsız çalışan olarak bildirmekte ve yoğun trafikte hız yaparak, kendilerinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye atmak pahasına daha çok paketi teslim etmeye çalışmaktadırlar. Bu kişilerden büyük bir kısmı, bağımsız addedilse de aslında ağırlıklı olarak bir müşteriye hizmet vermekte ve bu müşterinin yönlendirdiği teslimatları gerçekleştirmektedir. ILO’nun 2022 tarihinde yaptığı bir çalışmaya göre Türkiye genelinde kayıt dışı da dahil olmak üzere bir milyona yakın kurye faaliyet göstermektedir<sup>229</sup>. Bu kişiler, Sosyal Güvenlik Kurumu’na kendilerini 5510 s. Kanun m.4/1-b kapsamında bildirmektedirler<sup>230</sup>. Bağımsız çalışma statüsünde olduklarını beyan eden motokuryeler, İş Kanunu kapsamında haftalık çalışma süresi sınırı olan 45 saatten fazla çalış-

<sup>227</sup> Yargıtay 9. HD, T. 27.04.2021, 2021/3618 E., 2021/8528 K. ve karara yönelik değerlendirmesi için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2021*, İstanbul, On İki Levha, 2023, s. 22-25.

<sup>228</sup> KANYILMAZ POLAT, Ebru / GEZER AYDIN, Gonca, “Covid-19 Pandemisinde Evde Kalamayanların Çalışma Koşulları: Motokuryeler Üzerine Nitel Bir Analiz”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 2, 2023, s. 2.

<sup>229</sup> ILO Ankara, “Motosikletli Kuryeler Odağında Teslimat Sektörü Çalışanlarında Psikososyal Risk Analizi ‘İki Tekerlek Bir Kask’”, 2022, (Çevrimiçi) [https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/osh/WCMS\\_837229/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/osh/WCMS_837229/lang--tr/index.htm), E.T. 05.06.2024.

<sup>230</sup> KANYILMAZ POLAT / GEZER AYDIN, s. 32.

makta ve iş sağlığı güvenliğine ilişkin koruyucu düzenlemelerden mahrum kalmaktadırlar. Yine bu kapsamda bildirenler, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.2 uyarınca taşıma sendika üyesi olabilseler dahi toplu sözleşmeden yararlanmaları mümkün olmamaktadır.

Bir başka örnek de kargo şubelerinin acenteye dönüştürülmesi amacıyla şube ile merkez arasında acentelik sözleşmesi kurulması ve kargo dağıtım işçilerinin acentenin işçisi olarak istihdam edilmesidir. Bu şekilde kargo şirketi, iş ve sosyal güvenlik hukuku, iş sağlığı ve güvenliği hukukundan doğan yükümlülüklerini başka işverenlere “dağıtmış” olmaktadır. Bu durum, yukarıda birinci bölümde belirttiğimiz parçalanmış işyeri uygulamasına bir örnek teşkil etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda<sup>231</sup> işçi hem acente statüsündeki şubeye hem de asıl iş sahibi olan kargo şirketine yönelmiş olduğu davasında işçilik alacaklarını talep etmiştir. Yargıtay, işyerinin acenteye devrini ele almış ve ekonomik faaliyetin yönetiminin bağımsız bir şekilde üstlenilmediğini, dolayısıyla burada devirden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Devredenin acente üzerindeki denetim ve kontrol yetkisinin devam ettiğini, acentenin bağımsız işveren sıfatını haiz olmadığını belirtmiştir. Ayrıca davalı acente ile davacı işçi arasında iş ilişkisi bulunmadığı yönündeki belirleme de yine bağımlılık unsurunun yorumu ile yapılmıştır<sup>232</sup>. Sahte serbest çalışmaya dair uygulamalar vasıf gerektiren işlerde de görülmektedir. Özel sağlık kuruluşlarında çalıştırılan hekimler de bunlara bir örnek teşkil etmektedir. Özel hastaneler ile doktorlar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de kural olarak bağımlılık unsurunun incelenmesi yoluyla tespit edilir<sup>233</sup>. Ancak yasa koyucu 2015 yılında 6645 sayılı Kanun<sup>234</sup> ile bu konuya ilişkin bir düzeleme yapmış ve 5510 sayılı Kanun'a ek madde 10 uyarınca özel sağlık hizmeti sunucularının hekimlerden “fatura karşılığı hizmet alımı yapma” ve bu kişilerin aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca kural olarak 4/1-(b) uyarınca sigortalı sayılmasını öngörmüştür. Doktrinde Alpagut'un da haklı olarak ifade ettiği üzere burada bir alt işverenlik ilişkisi kurulması öngörülmüştür ve katıldığımız bu görüş uyarınca alt işverenlik

<sup>231</sup> Yargıtay 9. HD, T. 01.10.2020, 2016/23561 E., 2020/10209 K. (Lexpera).

<sup>232</sup> Karara yönelik incelemeler için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, “Acenta Sözleşmesi ile İşçi Çalıştırılması (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart, S. 133, 2021, s. 2-6; ALP, Mustafa, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 16-19.

<sup>233</sup> Özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin hastane işveren ile ilişkisindeki bağımlılık unsurunun değerlendirilmesi için bkz. ALPAGUT, Hekimlerin Hukuki Statüsü, s. 27.

<sup>234</sup> 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 23.04.2015, S. 29335.

ilişkisinin tabi olduğu İş Kanunu m.2/6-7'deki uyarınca hukuka uygunluğu değerlendirilmelidir<sup>235</sup>. Ayrıca sosyal güvenlik anlamında bağımsız çalışanların tabi olduğu statüye dair bir karine getirilmiş olması da aradaki ilişkinin tarafların nitelendirilmelerinden bağımsız, yargıç tarafından belirleneceği göz önüne alındığında aslında söz konusu düzenleme ölü doğmuş bir hüküm haline gelmektedir. Çoğu durumda hastaneler, önceden iş sözleşmesi ile istihdam ettiği doktoru çalıştırmaya devam etmek için şirket kurmasını veya hastaneye fatura kesmesini istemektedirler. Uygulamada şirket kurma yükümlülüğü yalnızca uzmanlık gerektiren branşlarda çalışan hekimlere değil, uzman ünvanı ile çalışmayan acil hekimlerine de dayatılmaktadır. Böyle bir durumda kişinin sözleşmenin güçlü tarafı olan özel sağlık kuruluşu tarafından belirli bir şekilde hareket etmeye zorlanması söz konusudur. Oysaki aradaki iş görme biçimi ve bağımlılık unsuru değişmiş değildir. Şirket kurulmuş yahut kişi kendisini 4/1-(b)'li olarak bildirmiş olsa dahi bu durumda gerçek anlamda bağımsız çalışmadan bahsedilemeyecektir. Yargıtay'ın bu konuyu ele aldığı benzer bir yorum yaptığını görmekteyiz. 2022 tarihli bir kararda, önceden hastanede doktor olarak istihdam edilen, daha sonra bu statüsünü kaybeden kişinin açtığı davada “... *davacının davalı Şirkete ait Hastanede bir dönem Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre hizmet ilişkisiyle çalıştığı, belli bir dönem sonra işverenin talebiyle davacının statüsünün değiştirilerek fatura karşılığı hizmet satın alınıyor görüntüsü verilmek suretiyle çalıştırılmaya devam edildiği, davacının baştan itibaren çalışma şeklinin değişmediği, davalı Şirkete bağımlı olarak ve ücret karşılığında hizmet verdiği, bu hâliyle taraflar arasında işçi ve işveren ilişkisi bulunduğu...*” tespit edilmiştir<sup>236</sup>. 2024 tarihli bir başka kararda yine davacı doktorun “makbuz keserek” özel hastaneye hizmet verdiği anlaşılmış ancak mahkemece aradaki ilişki bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir<sup>237</sup>.

Türk Hukukunda da işçilik masraflarından kaçınmak amacıyla ilişkiyi farklı isimlerle gizleme eğiliminde son yıllarda artış görülmektedir. Birçok kişi de iş imkanını yitirmemek, gelirden mahrum kalmamak adına durumu yargıya taşımamakta, beraberinde hak mahrumiyeti yaşamaktadır. Yargıya intikal eden az sayıda uyuşmazlıkta da bağımlılığın tespiti için çok alt-kriterli değerlendirme yapılmakta ve tek tek uyuşmazlık bazında inceleme yapılması da kanımızca sorunun kökenine yönelik etkin bir çözüm olmamaktadır. Yukarıda İtalyan Hukukunun incelenmesi sonucunda faaliyetlerin bir ara kategoride sınıflandırılma-

<sup>235</sup> ALPAGUT, Hekimlerin Hukuki Statüsü, s. 29-30.

<sup>236</sup> Yargıtay 9. HD, T. 13.12.2022, 2022/14751 E., 2022/16538 K. (Lexpera).

<sup>237</sup> Yargıtay 9. HD, T. 14.02.2024, 2023/20419 E., 2024/2147 K. (Lexpera).

sının, sahte serbest çalışmanın boyutlarının kontrolden çıkmasına yol açtığı görülmüştür. Bu nedenle kanımızca Türk Hukukunda bir ara kategorinin tanınması, halihazırda işçi olan kimselerin işverenlerce bu şekilde nitelendirilmesi ile sonuçlanır ve İtalyan Hukuku'ndaki endişeler ve sorunların oldukça benzerleri Türk Hukuku açısından da ortaya çıkar. Bu nedenle bir ara kategorinin tanınmasının Türk Hukukundaki çalışmalar için etkili bir yöntem olmadığı kanaatindeyiz.

Bu konudaki en önemli husus, kişilerin bağımsız çalışmaya dair resmi bildirimlerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ayırt edilmesidir. Bunun için bağımlılık unsurunun atıfık ilişkilerde aranması dışında, bağımsız çalışmanın gerçek niteliğini ortaya koyacak bilgi ve belgelerin, bu statüye tabi olma öncesinde dikkatle incelenmesi, ek bilgi-belge sunma yükümlülüğü getirilmesi, yıllık değerlendirme yapılması, kişisel faaliyet sonucunda gelirin belirli bir oranını geçen miktarın tek bir iş sahibinden -veya aralarında bağlantı bulunan birden fazla iş sahibinden- sürekli olarak elde edilmesi durumunda aradaki ilişkiye koruyucu düzenlemelerin uygulanacağını düzenlenmesi gibi yöntemlerin Türk Hukukunda değerlendirilmesi gereklidir. Bir ara statü oluşturmak yerine, geleneksel yaklaşımın dışına çıkan bu çalışmalar için geleneksel olmayan çözümlerin etkinliği araştırılmalıdır.

## SONUÇ

Son yüzyıl içerisinde teknolojinin insanlık tarihinde örneği görülmemiş bir ivme ile gelişmesi nedeniyle çalışma ilişkileri ilk elden etkilenmektedir. Çünkü insanlığın ihtiyaç duyduğu ürün ve hizmetler birey emeğinin sonucu olarak piyasaya sürülmektedir. Emeğin ortaya konulma biçimi çeşitlendikçe, emeğin korunması ihtiyacı da farklı boyuta geçmektedir. Hukuki enstrümanları geliştirilenler, kapsama geleneksel olarak işçileri dahil etmiş olsalar da günümüzde bu statüde nitelendirilmeyen kişilerin de korunma ihtiyacı gündeme gelmektedir. Ancak bunun nasıl gerçekleştirileceğine dair henüz etkin bir yöntem bulunabilmiş değildir.

Bağımsız çalışanların pazarlık güçlerinin birbirinden farklı olması, “bağımsız” addedilen çalışma ilişkilerinin aslında ne derece bağımsız olduğunun kestirilememesi bağımlı ve bağımsız çalışma arasında giderek genişleyen bir gri alan oluşturmuştur. Bu alanda kalanları ayırştırmak için bağımlılık unsuru esnetilerek yorumlanmış, işçi olmayanlara ise ara statüler tanımlanmıştır. Böylece koruma ihtiyacına dair bir yöntem geliştirilmiştir. Ve fakat çalışmamızda görüldüğü üzere ara statüler, özellikle İtalya örneği üzerinden incelendiğinde, işverenle-



rin istihdamı dışsallaştırmak için kullandıkları araçlara dönüşmüştür. Böylece gri alana daha çok kişi kaydırılmış, kişilerin hak kaybı yaşamasına sebep olmuştur. Ardından gelen 50 yıllık süre içerisinde çalışanlar giderek daha sıkı bir şekilde korunmak istense de maalesef istenilen etkin koruma sistemine ulaşılamamıştır.

Türk Hukukunda giderek yaygınlaşan sahte serbest çalışma ve her iki alanın özelliklerini taşıyan çalışmaların yargılama yoluyla yeniden nitelendirilmesi, bağımlılığın çok ayrıntılı bir biçimde ele alınmasını gerektirir. Ancak çalışma biçimlerinin karmaşıklaşan yapıları bu değerlendirmenin etkinliğini zayıflatmakta ve çözümden uzaklaştırmaktadır. Bu nedenle Türk Hukukunda bağımlılık unsurunu çok sayıda alt kriterle inceleyerek hukuki belirsizliğe sebep olan bu çözüm yerine, kanımızca sorunları başta ve kaynağında çözecek yeni yaklaşımlar benimsenmelidir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ALES, Edoardo, “The Concept of ‘Employee’: The Position in Italy”, **Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee**, Ed. Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, ss. 351-376.

ALOISI, Antonio, “Platform Work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead”, **European Labour Law Journal**, C. 13, S. 1, 2022, ss. 4-29.

ALP, Mustafa, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha, İstanbul, 2024.

ALPAGUT, Gülsevil, “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, Ed. DOĞAN YENİSEY, Kübra / ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 99-105.

ALPAGUT, Gülsevil, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, Kamu-İş, 2012, ss. 5-83.

ALPAGUT, Gülsevil, “Özel Sağlık Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Hukuki Statüsü ve Çalışma Koşulları”, **Özel Sağlık Sektöründe Çalışma Biçimleri: Sözleşmeler**, Ed. Hasan Oğan, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 25-42.

AYKAÇ, Hande Bahar, “Platform Ekonomisi Çalışması: İş Hukukunda Yarattığı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 44, 2020, ss. 69-95.

BAKIRCI, Kadriye, “The Concept of ‘Employee’: The Position in Turkey”, **Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee**, Ed. Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, ss. 721-745.

BAŞTERZİ, Süleyman, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, Kamu-İş, 2011, ss. 4-90.

BAYCIK, Gaye / CİVAN, Orhan Ersun / TOLU YILMAZ, Hazal / BOSNA, Berrin, “Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **GSÜHFD**, S. 1, 2021, ss. 713-801.

- BOGG, Alan, “Square Pegs in Round Holes? Collective Bargaining and the Self-Employed”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 42, S. 2, 2021, ss. 409-448.
- BOSSE, Claire, “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, **The Protection of Working Relationships: A Comparative Study**, Ed. Frans PENNING / Claire BOSSE, Kluwer Law International, 2011, ss. 15-28.
- CASALE, Giuseppe, “The Employment Relationship: A General Introduction”, **The Employment Relationship: A Comparative Overview**, Ed. Giuseppe CASALE 2011, ss. 1-8.
- CHERRY, Miriam A.: “Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 37, S. 3, 2016, ss. 577-602.
- CHERRY, Miriam A.: “The Cautionary Tale of the Intermediate Worker Category in Italy: In Response to Del Conte and Gramano”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 39, S. 3, 2018, ss. 639-644.
- CHERRY, Miriam A. / ALOISI, Antonio, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, **American University Law Review**, C. 66, S. 3, 2016, ss. 635-689.
- COUNTOURIS, Nicola, **The Changing Law of the Employment Relationship: comparative analyses in the European context**, Routledge, New York, 2016.
- COUNTOURIS, Nicola, “The Employment Relationship: A Comparative Analysis of National Judicial Approaches”, **The Employment Relationship: A Comparative Overview**, Ed. Giuseppe CASALE, 2011, ss. 35-68.
- CUCHE, Paul, “Du rapport de dependance, element constitutif du contrat de travail”, **Revue critique de legislation et de jurisprudence**, C. 42, 1913, ss. 412-427.
- DE STEFANO, Valerio, “Not as Simple as It Seems: The ILO and the Personal Scope of International Labour Standards”, **International Labour Review**, C. 160, S. 3, 2021, ss. 387-406.
- DEAKIN, Simon, “Assessing the Italian Jobs Act: A Comment on Del Conte and Gramano”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 39, S. 3, 2018, ss. 607-614.
- DEL CONTE, Maurizio / GRAMANO, Elena, “Looking to the Other Side of the Bench: The New Legal Status of Independent Contractors Under the Italian Legal System”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 39, S. 3, 2018, ss. 579-605.
- DOĞAN, Sevil, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi**, Seçkin Ankara, 2016.
- DULAY YANGIN, Dilek, “Hizmet Sözleşmesinin Özel Bir Türü Olarak Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Unsurları (Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, Ed. Kübra DOĞAN YENİŞEY, On İki Levha, İstanbul, 2019, ss. 841-889.

- DULAY YANGIN, Dilek, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği- Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İÜHF**, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1209-1237.
- DVOULETÝ, Ondřej / NIKULIN, Dagmara, “Dependent self-employed individuals: are they different from paid employees?”, **Employee Relations: The International Journal**, C. 45, S. 3, ss. 704-720.
- EICHHORST, Werner / BRAGA, Michela / FAMIRA-MÜHLBERGER, Ulrike / GERARD, Maarten / HORVATH, Thomas / KAHANEC, Martin / KAHANCOVÁ, Marta, **Social Protection Rights of Economically Dependent Self-Employed Workers**, European Parliament’s Committee on Employment and Social Affairs, 2013 (çevrimiçi) <https://ideas.repec.org/b/wfo/wstudy/46989.html>, E.T. 03.06.2024.
- EKONOMÍ, Münir: **İş Hukuku Ferdi İş Hukuku**, C. 1, 3. Basım, İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1984.
- EROL, Abdullah, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara, 2020.
- EROL, Abdullah, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı**, Gazi, Ankara, 2021.
- EUROFOUND, **Non-Standard Forms of Employment: Recent Trends and Future Prospects**, Dublin, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION, “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” (Green Paper), COM/2006/0708 final (2006) (çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52006DC0708>, E.T. 05.06.2024.
- EUROPEAN COMMISSION, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, SWD (2017) 478 final, Brüksel, 21.12.2017.
- EZER, Burcu, “Teslimat Platformu Kuryelerini İşçi Olarak Kabul Eden İspanyol Kraliyet Kararnamesi ‘El Real Decreto Ley 9/2021’ Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Hukuk Mecmuası / Istanbul Law Review**, C. 80, S. 3, 2022, ss. 785-817.
- FREEDLAND, Mark / KOUNTOURIS, Nicola, **The Legal Construction of Personal Work Relations**, Oxford University Press, 2011.
- MURCIA, Joaquín García, “The European Commission’s Green Paper on Labour Law”, **International Labour Review**, C. 146, S. 1-2, 2007, ss. 109-114.
- MURCIA, Joaquín García, RODRIGUEZ CARDO, Ivan Antonio, “The Concept of ‘Employee’: The Position in Spain”, **Restatement of Labour Law in Europe: Vol I: The Concept of Employee**, Ed. Bernd WAAS / Guus Heerma VON VOSS, Hart Publishing, 2017, ss. 657-675.

GEORGIU, Despoina, “The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment”, **European Journal of Industrial Relations**, C. 28, S. 2, 2022, ss. 193-210.

GRAMANO, Elena, “Italy”, **Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe: Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights**, Ed. Bernd WAAS / Christina HIESSL, Wolters Kluwer, Hollanda, 2021, ss. 155-175.

GROSHEIDE, Eva / TER HAAR, Beryl, “Employee-like worker: Competitive entrepreneur or submissive employee? Reflections on ECJ, C-413/13, FNV Kunsten Informatie”, **Labour law and social rights in Europe: the jurisprudence of international courts, selected judgements**, Ed. Maciej ŁAGA / Stefano BELLOMO / Nicola GUNDT / José María Miranda BOTO, Gdańsk University Press, 2017.

GÜLVER, Ender, “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, **İÜHF**, C. 72, S. 2, 2014, ss. 103-122.

GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 4, S. 2, 1997, ss. 83-126.

HEPPLE, Bob / VENEZIANI, Bruno, **The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004**, Bloomsbury Publishing, 2009.

HORODNÎC, Ioana Alexandra / WILLIAMS, Colin / HORODNIC, Adrian V., **Extent of dependent self-employment in the European Union**, European Labour Authority, 2023.

ILO Ankara, “Motosikletli Kuryeler Odağında Teslimat Sektörü Çalışanlarında Psikososyal Risk Analizi ‘İki Tekerlek Bir Kask’”, 2022 (çevrimiçi) <https://www.ilo.org/tr/publications/motosikletli-kuryeler-odaginda-teslimat-sektoru-calisanlarinda-psikososyal>. E.T. 05.06.2024.

ILO, ILO Centenary Declaration for the Future of Work, 2019 (çevrimiçi) <https://www.ilo.org/resource/ilc/108/ilo-centenary-declaration-future-work>, E.T. 05.06.2024.

ILO, The Employment Relationship: International Labour Conference, 95th Session, 2006. Fifth Item on the Agenda, Geneva, 2005.

KANYILMAZ POLAT, Ebru / GEZER AYDIN, Gonca, “Covid-19 Pandemisinde Evde Kalamayanların Çalışma Koşulları: Motokuryeler Üzerine Nitel Bir Analiz”, **Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 2, 2023, ss. 26-60.

KAYA, Aydın, “Araç Çevirme Uygulaması Üzerinden Gerçekleştirilen Yolcu Taşıma Faaliyetleri Kapsamında Uber, Yolcu ve Sürücü Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 141, 2019, ss. 289-322.

KOCHER, Eva, **Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law: regulating market organisers**, Hart Publishing, Oxford, New York, 2022.

KOUNTOURIS, Nicola, “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, **Industrial Law Journal**, C. 47, S. 2, 2018, ss. 192-225.

- KUBAN, Arzu, “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 47-73.
- KUTLU, Merve, “Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü: Uber-Aslam ve Diğerleri Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, ss. 271-310.
- KUTLU MUTLUER, Merve, “Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 2, 2024, ss. 81-136.
- Ley del Estatuto del trabajo autónomo., C. 20/2007, C. 20/2007 §(2007), 11.05.2024.
- MAZZANTI, Caterina, “Economic Dependency and Contractual Imbalance of Self-Employed Workers in the Italian Legal Framework”, **Italian Labour Law E-Journal**, C. 14, S. 2, 2021, ss. 17-27.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Basım, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.
- MOORE, Sian / NEWSOME, Kirsty, “Paying for Free Delivery: Dependent Self-Employment as a Measure of Precarity in Parcel Delivery”, **Work, Employment and Society**, C. 32, S. 3, 2018, ss. 475-492.
- MÜHLBERGER, Ulrike, **Dependent Self-Employment: Workers on the Border between Employment and Self-Employment**, Springer, 2007.
- NOGLER, Luca, “Rethinking the Lawrie-Blum Doctrine of Subordination: A Critical Analysis Prompted by Recent Developments in Italian Employment Law”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, C. 26, S. 1, 2010, ss. 83-101.
- OECD, “Employment- Self-employment rate” (çevrimiçi) <https://data.oecd.org/emp/self-employment-rate.htm>, E.T. 13.06.2024.
- PALLINI, Massimo, “Towards a New Notion of Subordination in Italian Labour Law?”, **Italian Labour Law E-Journal**, C. 12, S. 1, 2019, ss. 1-24.
- PEDERSINI, Roberto / COLETTI, Diego, **Self-employed workers: industrial relations and working conditions**, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2009 (çevrimiçi) <https://boa.unimib.it/handle/10281/25762>, E.T. 06.06.2024.
- PENNINGS, Frans, “The European Union and the Issue of the Employment Relationship”, **The Protection of Working Relationships: A Comparative Study**, Ed. Frans Pennings, Claire Bosse, Kluwer Law International B.V., 2011, s. 29-42.
- PERULLI, Adalberto, “Beyond Subordination: Four Arguments”, **Defining and Protecting Autonomous Work: A Multidisciplinary Approach**, Ed. Tindara Addabbo vd., Cham, Springer International Publishing, 2022, ss. 51-77.

PERULLI, Adalberto, **Economically Dependent / Quasi-Subordinate (Parasubordinate) Employment: Legal, Social and Economic Aspects**, Brussels, Study for the EU Commission, 2003.

PERULLI, Adalberto, “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, **The Employment Relationship: A Comparative Overview**, International Labour Office, 2011, ss. 137-187.

ROMÁN, Concepción / CONGREGADO, Emilio / MÍLLÁN, José María, “Dependent Self-Employment as a Way to Evade Employment Protection Legislation”, **Small Business Economics**, C. 37, S. 3, 2011, ss. 363-392.

ROSIORU, Felicia, “Legal Acknowledgement of the Category of Economically Dependent Workers”, **European Labour Law Journal**, C. 5, S. 3-4, 2014, ss. 279-305.

SCHOUKENS, Paul / BARRIO, Alberto, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, **European Labour Law Journal**, C. 8, S. 4, 2017, ss. 306-332.

SENGENBERGER, Werner, **Decent Work: The International Labour Organization Agenda**, Dialogue and Cooperation, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2001 (çevrimiçi) <https://library.fes.de/pdf-files/iez/global/02077.pdf>, E.T. 05.06.2024.

STERNLIGHT, Jean R., “Disarming Employees: How American Employers are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection”, **Brooklyn Law Review**, C. 80, S. 4, 2015, ss. 1309-1356.

STEVENS, Gerald M., “The Test of the Employment Relation”, **Michigan Law Review**, C. 38, S. 2, 1939, ss. 188-204.

STYLOGIANNIS, Charalampos, **Collective Labour Rights for Self-Employed Workers: A Human Rights-Based Approach of Platform Work**, Kluwer Law International, 2023.

SUPIOT, Alain / CASAS, María Emilia / DE MUNCK Jean / HANAU, Peter / JOHANSSON, Anders L. / MEADOWS, Pamela / MINGIONE, Enzo / SALAIS, Robert / VAN DER HEIJDEN, Paul, “A European Perspective on the Transformation of Work and the Future of Labor Law”, **Comparative Labor Law and Policy Journal**, C. 20, 1998, ss. 621-633.

SUPIOT, Alain, **Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe (A report prepared for the European Commission)**, Oxford University Press, 2001.

SUPIOT, Alain, “Les nouveaux visages de la subordination”, **Droit social**, C. 2, 2000, ss. 131-145.

SÜMER, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru (Karar İncelemesi)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 19, 2010, s. 63-73.

ŞAHLANAN, Fevzi, “İşçi Sınıfının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Mayıs 2005.

- ŞAHLANAN, Fevzi, “Acenta Sözleşmesi ile İşçi Çalıştırılması (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2021, S. 133.
- THOLOZAN, Olivier, “Le contrat de travail. Révision du louage de service en droit français.”, **Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif**, C. 2014-5, S. 28, 2015.
- THÖRNQUIST, Annette, “False Self-Employment and Other Precarious Forms of Employment in the Grey Area of the Labour Market”, **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, C. 31, S. 4, 2015, ss. 411-429.
- TIČAR, Luka, “The ILO Concept of Economic Dependence in Slovenian Labour Law”, **Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu**, C. 70, S. 4, 2020, ss. 513-557.
- TIRABOSCHI, Michele, “Italian Labour Law after the So-Called Monti-Fornero Reform (Law No. 92/2012)”, **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, 2012.
- TODOLÍ-SIGNES, Adrián, “Workers, the Self-Employed and TRADES: Conceptualisation and Collective Rights in Spain”, **European Labour Law Journal**, C. 10, S. 3, 2019, ss. 254-270.
- TOLU YILMAZ, Hazal, **Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)**, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- UŞAN, M. Fatih, “Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2000.
- WAAS, Bernd, “The New Legal Status of Independent Contractors: Some Comments From a German Perspective”, **Comparative Labour Law & Policy Journal**, C. 39, S. 3, 2018, ss. 627-638.
- WANK, Rolf, **Arbeitnehmer und Selbständige**, C.H. Beck, Münih, 1988.
- WANK, Rolf, “Diversifying Employment Patterns - the Scope of Labor Law and the Notion of Employees”, **Labour Law in Motion: Diversification of the Labour Force & Terms and Conditions of Employment**, Ed. Roger BLANPAIN / Takashi ARAKI / Shinya OUCHI, Kluwer Law International, 2005.
- WEIL, David, **The Fissured Workplace**, Harvard University Press, 2014.
- WILLIAMS, Colin / LAPAYRE, Frédéric, **Dependent Self-Employment: Trends, Challenges and Policy Responses in the EU**, International Labour Office, 2017.
- YILDIZ, Gaye Burcu, “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, Ed. Kübra DOĞAN YENİSEY, On İki Levha, İstanbul, 2019, ss. 781-810.
- YILDIZ, Gaye Burcu, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yarıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2021**, On İki Levha, İstanbul, 2023, ss. 11-115.



# Terekenin Tamamının veya Tereke Mallarının Bazılarının Üzerindeki Elbirliği Pay Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi<sup>(\*)</sup>

The Conversion of Joint Ownership over the Entire Estate or Some of the Assets of the Estate into Co-ownership

Efe Can YILDIRIR<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Mirasın paylaşılması kadar yoğun karşılıklılaşma da terekenin tamamının veya malvarlığı değerlerinin bazılarının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi yargı kararlarına sıklıkla konu olan bir miras ortaklığı sona erme sebebidir. Birlikte hak sahipliğinin dönüştürülmesine taraflar yapacakları bir sözleşme yoluyla karar verebilecekleri gibi -kaynak İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı olarak- dava yoluyla da bu sona ermeyi sağlayabilirler. Bu çalışmanın konusu, esasen hem mirasçuların yapacakları bir sözleşme yoluyla hem de TMK m.644 uyarınca mirasçılardan birinin bu yönde açacağı dava yoluyla terekenin tamamını veya bir kısmını paylı hak sahipliğine dönüştürülmesidir. Elbirliği ortaklığının sona ermesine ilişkin genel ilkelerin açıklanmasından sonra ilk olarak paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesi ele alınacaktır. Bu hukuki işlemin şekli ve içeriği, hem kuramsal hem de uygulama bakımından oldukça önem taşımaktadır. Özellikle paylı hak sahipliğine dönüştürmenin mirasın paylaşılması ile özdeş olup olmadığı bağlamında geçerlilik şekline tabi olup olmadığı ve sözleşme serbestisi uyarınca hangi paylı hak sahipliğine dönüştürme kurgularının ortaya çıkabileceğinin incelendiği bu bölümden sonra TMK m.644 uyarınca terekenin tamamının veya bir kısmının dava yoluyla paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi ele alınacaktır. Bu davanın şartları ile kararın içeriği ve etkisine yönelik yüksek mahkeme kararlarının detaylı şekilde incelendiği bu bölümde miras ortaklığının diğer sona erme sebebi mirasın paylaşılması ile de yer yer bağlantı kurulacaktır. Son olarak da Kadastro Kanunu'nun Ek 3. maddesi uyarınca idari işlem yoluyla terekedeki taşınmazlar üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi, hükmün isabeti de tartışılarak, değerlendirilecektir.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.07.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 08.09.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545539>

Bu makaleye atf için: YILDIRIR, Efe Can, "Terekenin Tamamının veya Tereke Mallarının Bazılarının Üzerindeki Elbirliği Pay Sahipliğinin Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesi", **İMİHFD**, C. 9, S. 2, 2024, s. 741-778

<sup>(\*\*)</sup> Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [efecan@istanbul.edu.tr](mailto:efecan@istanbul.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8287-542X>

**Anahtar Kelimeler:**

Miras Ortaklığı, Paylaşma, Paylı Hak Sahipliği, Elbirliği Hak Sahipliği, Pay.

**Abstract:**

Although it is not as common as the partition of the inheritance, the conversion of the entire estate or some of the assets into co-ownership is a reason for the termination of the inheritance partnership that is frequently subject to judicial decisions. The parties may decide on the conversion of co-ownership through an agreement, or, unlike the Swiss Civil Code, they may also bring about this termination through litigation. The subject of this study is essentially the conversion of the whole or part of the estate into co-ownership both through an agreement to be concluded by the heirs and through a lawsuit filed by one of the heirs pursuant to TCC art.644. After the explanation of the general principles regarding the termination of the community, firstly, the conversion agreement will be discussed. The form and content of this legal transaction is of great importance both theoretically and in practice. After this section, which analyses whether the conversion to shared ownership is identical to the division of the inheritance, whether it is subject to the form of validity, and which fictions of conversion into co-ownership may arise in accordance with the freedom of contract, the conversion of the whole or part of the inheritance into co-ownership through litigation pursuant to TCC art.644 will be discussed. In this section, the conditions of this lawsuit and the high court decisions on the content and effect of the decision are examined in detail.

**Keywords:**

Community of Heirs, Partition, Co-ownership, Joint Ownership, Share.

**GİRİŞ**

Mirasbırakanın ölümüyle kanun gereği kurulan ve geçici nitelik taşıyan miras ortaklığında ilkesel olarak yönetim ve tasarruf işlemlerinin oybirliğine tabi olması ve mirasçılarının -paylı hak sahipliğinin aksine- üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri paylarının bulunmaması bu kişi birliğinin sürdürülmesi durumunda ilişkilerin işlemez duruma gelmesine neden olmaktadır. Her ne kadar paylaşma kanun koyucu tarafından öne çıkarılsın ve uygulama ile öğretide yoğun olarak ele alınsa da miras ortaklığının sona erme sebeplerinden biri de sözleşme ya da dava yoluyla paylı hak sahipliğine dönüştürülmedir. Terekedeki bazı malvarlığı değerlerinin üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin de paylı hak sahipliğine çevrilmesi mümkün olup terekedeki taşınmazlar açısından ayrıca idari işlem yoluyla da paylı hak sahipliğine dönüştürülme imkânı bulunmaktadır. Bu imkânlar değerlendirilmeden önce elbirliği hak sahipliğini sona erdiren hâllerin incelenmesi gerekmektedir.

Birlikte sahip olunabilecek malvarlığı değerinin sadece eşya değil hak da olabileceğinden hareketle çalışmanın tamamında, kanun koyucunun kullandığı “*paylı mülkiyet*” ile “*elbirliği mülkiyeti*” yerine “*paylı hak sahipliği*” ile “*elbirliği hak sahipliği*” ifadeleri tercih edilmiştir.

## I. ELBİRLİĞİ HAK SAHİPLİĞİNİ SONA ERDİREN HALLER

### A. Kanuni Düzen

Kanunda sınırlı sayıda düzenlenen ortaklık ilişkilerine dayalı olarak doğan ve her bir ortağın ilgili ilişki kapsamına giren malların tamamına ilişkin bireysel hak sahipliğinin oybirliği ile tasarruf ilkesiyle -diğer bir ifadeyle her ortağın tasarruf yetkisinin elbirliğiyle hareket zorunluluğuyla- sınırlandırıldığı bu birlikte hak sahipliği türünün<sup>1</sup> sona ermesi TMK m.703/f.1'de şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer<sup>2</sup>.”*

Bu hükümden hareketle elbirliği hak sahipliği ya topluluğun dağılması<sup>3</sup> ya hakkın devri<sup>4</sup> ya da paylı hak sahipliğine dönüştürme<sup>5</sup> ile sona erer. Mülkiyetin

<sup>1</sup> Elbirliği hak sahipliğine benzer yaklaşım için bkz. MEIER- HAYOZ, Arthur, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen; Artikel 641-654**, Fünfte Auflage, Stämpfli Verlag & Cie AG, Bern, 1981, Art.652, N. 13; WICHTERMANN, Jürg, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, 7. Auflage, Herausgeber: Thomas Geiser / Stephan Wolf, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023, Art.652, N. 12; NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, On İki Levha, 2023, N. 778. Bununla birlikte öğretilerde geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiş başka bir görüşe göre ise elbirliği hak sahipliği, ortakların oluşturduğu kişi birliğine ait bölünmemiş hak sahipliğine dayanmakta olup her bir malvarlığı değeri üzerinde herhangi bir pay bulunmamaktadır. Bu bağlamda pay üzerinde tasarrufun da söz konusu olmayacağını belirterek HAAB, Robert / SIMONIUS August / SCHERRER Werner / ZOBL Dieter, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB**, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, Vorbemerkungen zu den Art.646 - 654 (Gemeinschaftliches Eigentum), N. 10, 12.

<sup>2</sup> Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 654. maddesinin ilk fıkrasının Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştır: *“Ortadan kaldırma, malın devriyle veya topluluğun sona ermesi ile gerçekleşir.”* Kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 654. maddesinin ilk fıkrasının Fransızca metni ise şu şekilde kaleme alınmıştır: *“Elbirliği mülkiyeti, malın devriyle veya topluluğun sona ermesiyle ortadan kalkar.”* Son anılan düzenleme incelediğinde TMK m.703/f.1'den farklı olarak paylı hak sahipliğine dönüştürme sona erme sebepleri arasında sayılmamıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'sinin 631. maddesinin ilk cümlesi de İMK m.654/f.1'e benzer şekilde şöyle kaleme alınmış idi: *“İştirak halinde mülkiyet, o mülkün temlik veya iştirakin zevaliyle nihayet bulur.”*

<sup>3</sup> Her bir elbirliği ortaklığının sona erme düzeni kanunda ayrı düzenlenmiştir. Bu bağlamda mal ortaklığı rejimi bakımından bkz. TMK m.271-281; aile malları ortaklığı açısından bkz. TMK m.380-383; kazanç paylı aile malları ortaklığı bakımından TMK m.385; adi ortaklık bakımından bkz. TBK m.639-645. İlgili sona erme sebebi gerçekleştiğinde bu kişi birliği, kural olarak, derhal ortadan kalkmamakta olup amacı hem ortaklar arasında iç ilişkilerin hem de ortakların elbirliği ortaklığı bağlamında üçüncü kişilerle girmiş oldukları ilişkilerin tasfiyesi ile sınırlı bir ortaklığa (tasfiye ortaklığına) dönüşür. Benzer STEINAUER, Paul-Henri **Les droits réels, Tome premier**, Troisième édition, Staempfli Editions SA Berne, 1997, N. 1377-1379. Tamamlanmasıyla ilgili kişi birliğini ortadan kaldıracak tasfiyenin nasıl yürütüleceği ise -ortakların arasında bu yönde bir anlaşma bulunmadığı takdirde- ilgili elbirliği ortaklığına ilişkin özel düzenlemelere, anılan içerikte hükümlerin yokluğu durumunda kıyasen uygulanabilir oldukları ölçüde diğer elbirliği ortaklıkları açısından sevk edilenlere; örneksemenin dahi yapılamadığı durumlarda ise kanun koyucunun TMK m.703/f.2 uyarınca paylı mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkin hükümlere tabidir. Bu

kaybına neden olan hâllerden malın yok olması veya kamulaştırılması da konusunu teşkil ettiği elbirliği hak sahipliğini ortadan kaldırır<sup>6</sup>.

## B. Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürmenin Diğer Sona Erme Sebeplerinden Farkı

Paylı hak sahipliğine dönüştürme ile hak sahipliği artık, her bir ortağın ilgili malvarlığı üzerindeki mevcut pay oranı da kural olarak korunarak, paylı olarak sürdürülecektir<sup>7</sup>. Bu tanımıyla elbirliği hak sahipliğinin ortadan kalkması için hakkın üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesini arayan -kanun koyucunun mülkiyet hakkı üzerinden yaklaşımıyla ifade ettiği- “malın devri” sona erme

yönde bkz. NOMER / ERGÜNE, N. 818. Ortaklığın bütün malvarlığının ister üçüncü kişiye ister ortaklardan birine devri veya diğer ortakların paylarının sadece bir ortağın elinde toplanması gibi istisnai durumlarda tasfiyesiz sona erme de mümkündür. Diğer ortaklıklardan farklı olarak geçici niteliğinden hareketle kural olarak TMK m.642/f.1 uyarınca her zaman sona erdirilmesi talep edilebilmesi mümkün olan miras ortaklığının tasfiye düzeni için ise bkz. TMK m.640-681.

<sup>4</sup> Anılan olasılıkta taşınmaz mallarda ziyetliğin mülkiyetin nakli amacıyla devredilmesi ile; taşınmaz mallarda ise yeni malik adına tescille elbirliği hak sahipliği kural olarak sona erecektir. Benzer BERTAN, Suad, **Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764’üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt 1, M. K. 618-702**, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara, 1976, M. 621, N. 3. Eşyanın mülkiyetinin üçüncü kişi tarafından iyiniyetle veya kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılması durumlarının da bu birlikte hak sahipliğini sona erdireceği hususunda SİRMEN, Lâle, **Eşya Hukuku**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2024, s. 428. Mülkiyet hakkı tek bir kişiye geçmiş olabileceği gibi malın birden fazla kişi tarafından iktisabı da mümkündür. Bir taşınmaz üzerinde inşa edilecek yapıyı satmak amacıyla kurulmuş adi ortaklığın ortaklarının elbirliği hak sahipliğindeki yapıyı satmalarında olduğu gibi malın devri, ayrıca kişi birliğinin ortak amacını da sona erdiriyorsa elbirliği hak sahipliği ile aynı anda ortaklık ilişkisi de ortadan kalkacaktır (Adi ortaklığı sona erdiren sebeplerden birini teşkil eden ortak amacın gerçekleşmesi suretiyle sona erme hakkında detaylı bilgi için bkz. YILDIRIR, Efe Can, **Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri**, On İki Levha, İstanbul 2023, s. 37-72). Hak konusu malın ortaklardan birine devri ise diğer ortakların malvarlığı değeri üzerindeki hakkından feragat olarak nitelendirilecek olup malın devri olarak değerlendirilemez. Malın devri suretiyle elbirliği hak sahipliğinin sona ermesi bakımından bkz. KUONEN, Nicolas, **Commentaire romand, Code civil II**, 1re édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2016, Art.654, N. 4-7. Bununla birlikte ortaklardan birine devredilen malın taşınmaz olması durumunda borçlandırıcı işlemin resmi şekilde yapılması gerekir gerekmediği tartışmalıdır. Resmi şekle uyulması görüşünde BSK-WICHTERMANN, ZGB Art.654, N. 5; benzer DOMEJ, Tanja / SCHMIDT, P. Céline, **Kurzkommentar, ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Art.654, N. 2; herhangi bir geçerlilik şekline uyulmasına gerek olmadığı yönünde ZOBL, Dieter, **Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973, s. 109.

<sup>5</sup> Kanun koyucunun miras ortaklığının başka bir elbirliği hak sahipliğine dönüştürülmesini değil de sadece paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini bir sona erme sebebi olarak ele alması dikkat çekicidir. Nitekim miras ortaklığı, niteliği ne olursa olsun, başka bir elbirliği hak sahipliğine (örneğin adi ortaklığa) dönüştürülmek suretiyle de sona erebilir.

<sup>6</sup> SİRMEN, s. 428; NOMER / ERGÜNE, N. 823. Yok olma veya kamulaştırma karşılığında eğer bir tazminat veya bedel alınmış ise elbirliği hak sahipliği elde edilen bu değer üzerinde varlığını sürdürecektir. Bu yönde SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 264.

<sup>7</sup> Mirasçılardan her biri artık paylı hak sahibidir. WOLF, Stephan, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art.602-619 ZGB**, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014, Art.602, N. 191.

sebebinden ayrılan paylı hak sahipliğine dönüştürmenin<sup>8</sup>, topluluğun dağılmasından farklı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Miras ortaklığı ile ilgili olarak yürütülen tartışmada bir görüş, elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini mirasın paylaşılması olarak ele almaktadır<sup>9</sup>. Diğer görüş ise miras ortaklığının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesinde her bir mirasçıya payı oranında tereke malı özgülemenin söz konusu olmadığını ileri sürmekte ve bu sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle birlikte ortakların artık başka bir birlikte hak sahipliğine dayalı olarak terekedeki haklar üzerinde yetki sahibi olduklarını savunmaktadır<sup>10</sup>. Kanaatimizce mirasın paylaşılması<sup>11</sup>, hak ve borçların mirasçılar arasında bölüşülmesi suretiyle bu elbirliği hak sahipliğine dayanak teşkil eden ortaklığın dağılması anlamına gelmekte olup<sup>12</sup> paylı hak sahipliğine dönüştürmede ise miras ortaklığı sona ermekle birlikte<sup>13</sup> mevcut hak ve borçlar varlığını artık başka bir birlikte hak sahipliği türü temelinde sürdürmektedir<sup>14</sup>. Bu bağlamda paylı hak sahipliğine geçişin gerçekleşmesi ile her bir mirasçının

<sup>8</sup> Elbirliği hak sahipliğinin yerini aynı kişilerden oluşan bir paylı hak sahipliğinin alması durumunda hak sahipliği konusu malın mülkiyetinin devrinden bahsedilemeyeceği yönünde KUNZ, Romano **Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion**, Verlag Stämpfli&Cie, Bern, 1963, s. 134-135; STEINAUER, N. 1377a. Bununla birlikte son anılan yazar, bu durumda elbirliği hak sahipliğinin sona ermediğini ileri sürmekte ve bu birlikte hak sahipliğinin kaynağını teşkil eden ortaklığın sadece değiştiğini savunmaktadır. Kanaatimizce yazarın savunduğunun aksine paylı hak sahipliğine geçiş ile elbirliği hak sahipliği sona ermiştir. Nitekim kanunda ayrı ayrı düzenlenen bu birlikte hak sahipliği türleri birbirinden farklı nitelikleri haizdir. Bu tespitimizi elbirliği hak sahipliğinin sona erme sebepleri arasında paylı hak sahipliğine geçişi de sayan TMK m.703 de doğrulamaktadır. Elbirliği hak sahipliğinin temelindeki ortaklık ile paylı hak sahipliğindeki kişi birliği arasındaki nitelik farkı da yazar tarafından ele alındığı gibi basit değildir. Sadece bazı farklardan bahsetmek gerekirse, elbirliği hak sahipliğinin temelindeki ortaklık hak sahipliğinin kazanılmasından önce mevcut iken paylı hak sahipliğindeki kişi birliği bu hak sahipliğinden dolayı doğar. Buna ilaveten paylı hak sahipliğinden farklı olarak elbirliği ortaklığında her bir ortağın üzerinde serbestçe tasarruf edeceği bir pay değil sadece tasfiye bakiyesinden pay almaya ilişkin hakkı bulunmaktadır. Yönetim düzeni de elbirliği ilkesinin geçerli olduğu bu birlikte hak sahipliğine özgü anılan özellikler için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, N. 1333, 1350, 1353.

<sup>9</sup> Bu yönde SIMONIUS, Pascal / SUTTER, Thomas, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum**, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996, §14, N. 17; benzer STEINAUER, N. 1141a.

<sup>10</sup> Bu yönde WOLF, Stephan, **Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, s. 170, dn. 991.

<sup>11</sup> Mirasın paylaşılmasına yönelik genel olarak bkz. GÖNEN, Doruk, **Mirasın Paylaşılması**, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 1 vd.

<sup>12</sup> Benzer ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi", **MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, s. 1065.

<sup>13</sup> Paylı hak sahipliğine dönüştürme ile miras ortaklığının sona ermesi üzerine artık konusuz kaldığı için vasiyeti tenfiz memurun görevi de sona erecektir. Bu yönde KÜNZLE, Hans Rainer, "Der Willensvollstrecker in der Erbteilung" **Zeitschrift für Erbrecht**, 2013, Heft: 4, s. 312.

<sup>14</sup> Bu bağlamda Yargıtay'ın elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi ile mirasçılar arasındaki birlikte hak sahipliğinin sona erdirildiğine yönelik tespitine katılmıyoruz. Bu tespitin yapıldığı kararlara örnek olarak bkz. Yar. 14. HD, E. 2018/2772, K. 2021/4361, 28.06.2021 (**Kazanıcı İctihat ve Bilgi Bankası**).

o zamana kadar sahip olduğu miras payı oranında artık TMK m.688/f.3 uyarınca payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği payı haiz olmasına ilaveten<sup>15</sup> bu kişi birliğine artık tereke temsilcisi atanamayacak olup<sup>16</sup> malvarlığı değerlerinin yönetimi ve üzerinde tasarruf edilmesi, artık oybirliği ilkesine değil TMK m.689-692'ye tabi olacaktır. Sona erme düzeni bakımından ise miras ortaklığına ilişkin TMK m.640 vd. yerine paylı hak sahipliğinin sona ermesine ilişkin TMK m.698-700 uygulanacaktır<sup>17</sup>. Buna ilaveten miras ortaklığının mevcudiyeti süresince bu kişi birliğinden çıkarılma imkânı kanunen tanınmamışken, paylı hak sahipliği birliğinde ise TMK m.699 uyarınca belirli şartların varlığı halinde paydaşlıktan çıkarma mümkündür. Sonuçları arasındaki anılan esaslı farklılıklardan hareketle kanaatimizce paylı hak sahipliğine dönüştürme ile topluluğun dağılması birbirinden farklı sona erme sebepleri niteliğindedir<sup>18</sup>.

## II. MİRAS ORTAKLIĞININ TAMAMINI VEYA BİR KISMININ PAYLI HAK SAHİPLİĞİNE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

Mirasçılar, paylaşılması durumunda satılmasından veya dağılmasından çekindikleri tereke değerleri açısından miras ortaklığının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini isteyebilirler<sup>19</sup>. Bu hususta arzu ettikleri bu hukuki sonuca yönelik sözleşme yapabilecekleri gibi TMK m.644 uyarınca açacakları dava ile de tereke değerlerinin tamamı veya bir kısmına yönelik birlikte hak sahipliğinin türünün değişmesini sağlayabilirler<sup>20</sup>. Çalışmanın bu kısmında sorasıyla sözleşme paylı hak sahipliğine dönüştürme ile mahkeme kararıyla paylı hak sahipliğine dönüştürme incelenecektir.

<sup>15</sup> Bu durumu payın niteliksel anlamda kurucu olarak değiştirilmesi şeklinde nitelendiren WOLF, *Auf- lösung*, s. 184, 188. Ayrıca detaylı açıklamalarımız için bkz. II, A, 2.

<sup>16</sup> Bu bağlamda paylı hak sahipliği birliğinin temsili bakımından bu kişi birliğine egemen kurallar dikkate alınacaktır. Benzer MINNIG, Yannick, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 7. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2023, Art.602, N. 52.

<sup>17</sup> SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkyay, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, §7, N. 16.

<sup>18</sup> Bundan dolayı paylaşmayla birlikte terekenin üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştüğüne dair Yar. 16. HD, E. 2000/4577, K. 2000/4404, 13.11.2000 kararına katılmıyoruz (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>19</sup> Buna örnek olarak önemli bir sanat koleksiyonunu örnek veren SPAHR, Stéphane, *Commentaire roman Code Civil II*, 1re édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2016, Art.602, N. 57.

<sup>20</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne 3678 sayılı Kanun ile 584/a maddesi eklenip yürürlüğe girene kadar (bu düzenleme için bkz. II, B, 1, b, (a)) geçen dönemde, yürürlükteki İsviçre Medeni Kanunu'na benzer şekilde, mirasçılardan birinin terekenin tamamının veya bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini dava yoluyla talep etmesi mümkün değildi. Bununla birlikte mirasçılardan birinin bu içerikte bir talepte bulunması durumunda bu dönüşümün gerçekleşmesi, diğer mirasçıların kabulüyle kurulacak hukuki işlem temelinde mümkün idi. TKM m.584/a'nın yürürlükte olmadığı dönem bakımından benzer tespit için bkz. GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSEL, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984, s. 443-444.

## A. Miras Ortaklığını Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürme Sözleşmesi

### 1. Genel Olarak

Mirasçılarının tamamının taraf olacağı bir sözleşme ile terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesinin kararlaştırılması mümkündür<sup>21</sup>. Miras ortaklığı sona ermiş olmadıkça kanun koyucu sözleşme serbestisine dayanarak bu hukukî imkana “*Paylaşma Sözleşmesi*” kenar başlıklı TMK m.676’da şu şekilde yer vermiştir<sup>22</sup>:

*“Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar.*

*Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler.*

*Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır<sup>23</sup>.”*

Paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için mirasçıların, kanun gereği kurulmuş bu kişi birliğinin tasfiye amacı ile sınırlı olarak terekenin korunması, muhafazası ve işletilmesi amacı<sup>24</sup> yerine artık

<sup>21</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 57; AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2023, s. 364; benzer ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi**, Yetkin, Ankara, 2019, s. 64.

<sup>22</sup> Dikkat çekmek gerekir ki, miras paylaşma sözleşmesine ilişkin sevk edilmiş ve TMK m.676’ya büyük oranda kaynaklık eden İMK m.634’te mirasçıların hukuki işlem yoluyla terekenin bir kısmını ya da tamamını paylı hak sahipliğine çevirme yetkisinden bahsedilmemiştir.

<sup>23</sup> Kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun 634. maddesinin Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştır: “1. *Paylaşma, payların düzenlenmesi ve alınmasıyla veya paylaşma sözleşmesinin kurulmasıyla mirasçılar için bağlayıcı hale gelir. 2. Paylaşma sözleşmesi, geçerliliği için yazılı şekle ihtiyaç duyar.*” Bu düzenlemenin Fransızca metni ise şöyledir: “1. *Paylaşma, mirasçıları payların oluşturulması ve alınmasıyla veya paylaşma işleminin geçmesiyle bağlar. 2. Bu işlem ancak yazılı şekilde yapıldığında geçerli olur.*” 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 611. maddesi ise kaynak İsviçre Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeye uygun olarak şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Hisselerin teşkil ve kabzını yahut taksim mukavalesinin aktını mütaakip, taksim; mirasçılar için lüzum ifade eder. Taksim mukavelesi, yazılı olmadıkça muteber olmaz.*”

<sup>24</sup> Miras ortaklığı geçici bir ortaklıktır. Bu yönde bkz. ESCHER, Arnold, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweiter Halbband: Der Erbgang (Art.537-640)**, Dritte Auflage, Schultess &Co AG, Zürich, 1960, Art.602, N. 9a. Kanun gereği kurulmuş miras ortaklığı, diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olarak, ortak bir amacı gerçekleştirmek için iradeleriyle bir araya gelmiş kişilerden oluşmaktadır. Benzer SARI FİDAN, Özlem, **Miras Ortaklığı**, Adalet Yayinevi, Ankara, 2016, s. 29-30. Bu bağlamda ne affectio societatis ne de kişisel bir güven bağlılığı bulunmuş (bu vurgu için bkz. SEROZAN / ENGİN, §7, N. 5) miras ortaklığının dağılmaya yönelik özgü yapısı kendisini, TMK m.642/f.1 uyarınca her bir ortağa kural olarak topluluğun paylaşma yoluyla dağılmasını talep hakkının tanınmış olmasında gösterir. Tasfiye amacı ile paylaşmayı talep hakkı arasındaki ilişkinin vurgusu için bkz. REBER, Markus / HURNI Christoph, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900**, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, N. 1182.

yeni bir birlikte hak sahipliğinde süreklilik arz eden etken bir amacı takip edecekleri hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir<sup>25</sup>.

## 2. Şekli

Mirasçılardan terekenin tamamını veya bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine yönelik sözleşme yapabileceklerini konu edinen TMK m.676/f.2'de kanun koyucu, bu hukuki işlemin kanuni geçerlilik şekline tabi olup olmadığına dair bir düzenlemede bulunmamıştır<sup>26</sup>. Bu bağlamda anılan sözleşmenin bir geçerlilik şekline tabi olup olmadığının tespiti hem kuram hem de uygulama bakımından önem taşımaktadır. Öğretide bu mesele, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi istenen terekenin tamamında veya bir kısmında taşınmaz malların bulunduğu olasılık üzerinden tartışılmıştır.

Bir görüş, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi arzu edilen terekenin tamamının veya bir kısmında taşınmazların bulunduğu olasılıkta bu sözleşmenin resmi şekle tabi olduğunu ileri sürmektedir<sup>27</sup>. Bir başka yaklaşım ise miras ortaklığının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi sözleşmesinin geçerliliği bakımından paylaşım sözleşmesinin tabi tutulduğu yazılı şekle uyulmasını yeterli görmektedir<sup>28</sup>. Başka bir görüş ise miras ortaklığının ne başka bir elbirliği hak

<sup>25</sup> Dönüşümün varlığı açısından belirleyici olan, mirasçıların miras ortaklığının geçici ve edilgen amacı yerine sürekli ve etken nitelikteki bir amacı takibe ilişkin iradelerinin bulunup bulunmadığıdır. Bu yönde AMMAN, Dario, *Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts*, Dike Verlag, Zürich, 2020, N. 56. Mirasçıların geçicilikten sürekliliğe geçirilmek suretiyle amacın uğrayacağı değişikliğe ilişkin anlaşmaları gerektiğini belirtmekle yetinen TUOR, Peter / PICENONI, Vito, *Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1966, Art.602, N. 7a.

<sup>26</sup> TMK m.676/f.2'nin muadiline yer verilmeyen İsviçre hukukunda Wolf, paylı hak sahipliğine geçişe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasını miras ortaklığını sona erdiren bu içerikteki sözleşme için miras hukuku bakımından şekil serbestisi öngörüldüğü şeklinde yorumlamaktadır. Bunun için bkz. WOLF, *Auflösung*, s. 201.

<sup>27</sup> Anılan durumda elbirliği hak sahipliğindeki malın devrinin bulunduğu yönünde ZK-HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Art.652-654, N. 32 ve Art.657, N. 4. Herhangi bir gereç sunmadan bu yönde DIEHERRER, Alfred, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Personengesellschaften (Art.530-619)*, Schultess & Co., Zürich, 1938, Vorbem. zu Art.530-551, N. 53.

<sup>28</sup> BK-MEIER-HAYOZ, Art.652, N. 79. Son anılan yazar, miras ortaklığı dışındaki elbirliği hak sahipliği hâllerinin ortakların oluşturduğu bir paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini bir mülkiyet değişikliği olarak değerlendirmemekle birlikte hukuk güvenliği bakımından resmi şekle uyularak düzenlenmiş borçlandırıcı işleme ve tapu siciline tescile bağlı kalınması gerektiğini savunmaktadır. Öğretide Lenz de benzer bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu yazar da elbirliği hak sahipliğinden paylı hak sahipliğine dönüştürmede bir devrin bulunmadığını belirtmekle birlikte paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki payın taşınmaz hükmünde olduğunu düzenleyen (ve TMK m.704'te yer verilmeyen) İMK m.655/f.2,b.4 ile taşınmazın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin İMK m.657 (TMK m.706) uyarınca birlikte hak sahipliğinin dönüşüme ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerektiğini savunmakta olup (LENZ, Martin, *Die Form von Eigentumsübertragungen und Immobilienvermögen bei Personengesellschaften*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001, s. 43-44) miras paylaşım



sahipliğine ne de paylı hak sahipliğine dönüştürülmesinin hakkın devri niteliğinde olduğunu bundan dolayı resmi şekilde bir borçlandırıcı işleme veya tapu sicilinde kurucu tescile gerek olmadığını savunmaktadır<sup>29</sup>.

Kanaatimizce elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilişkin sözleşme kural olarak, pay oranlarında bir değişiklik veya aynı anda paylaşmanın da gerçekleşmesine neden olan bir birlikte hak sahipliği düzeni<sup>30</sup> kararlaştırılmadıkça, herhangi bir kanuni geçerlilik şekline tabi değildir. Bu tespit, ilgili sözleşmenin taşınmazları da konu edindiği olasılığı da kapsamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, elbirliği hak sahipliğinden paylı hak sahipliğine geçişte hakkın (veya kanun koyucunun birlikte hak sahipliğini mülkiyet hakkı üzerinden ele aldığı bakış açısıyla “malın”) devrinden ziyade birlikte hak sahiplerinden her birinin bir önceki kişi birliğindeki hukuki konumunun niteliğinde bir değişiklik meydana gelmektedir<sup>31</sup>. Bu etkisiyle, terekede taşınmazların bulunması hâlinde anılan hukuki işlemle bu malvarlığı değerlerinin mülkiyetinin devri de amaçlanmadığından<sup>32</sup> kanaatimizce TMK m.706 uygulama alanı bulamayacak ve bu sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına gerek kalmayacak-

sözleşmesini adi yazılı şekle tabi kılan İMK m.634/f.2'nin (TMK m.676/f.3'ün) resmi şeklin istisnası olduğunu da ileri sürmektedir (bunun için bkz. LENZ, 75-76); benzer LIECTI, Fabrizio Andrea, **Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, s. 105.

<sup>29</sup> Elbirliği ortaklarının sadece yazılı bir bildirimimin yeterli olacağını da belirterek KUNZ, s. 135-136; WOLF, **Auflösung**, s. 201 ve dn. 1178.

<sup>30</sup> Özellikle “subjektif paylı hak sahipliğine dönüştürme” ile “kombine sınırlı dönüştürme” paylı hak sahipliğine dönüştürmede aynı zamanda paylaşmanın da gerçekleşeceği durumlar olarak belirtilebilir. Nitekim aşağıda açıklanacak olan bu paylı hak sahipliğine dönüştürmenin alt türlerinin (bkz. II, A, 3) kararlaştırılması durumunda subjektif kısmı paylaşma da eş zamanlı olarak yürütülecektir. Subjektif kısmı paylaşmanın eşlik ettiği paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekecektir.

<sup>31</sup> Bu değişiklik sadece hak sahipliğinin konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin kullanımı ile sınırlı değildir. Karş. KUNZ, s. 140 vd. Nitekim elbirliği ortaklığında tasfiye sonucuna katılmaya ilişkin bir payı haiz iken miras ortaklığının sona ermesiyle birlikte kurulan bu yeni kişi birliğinde eski miras ortaklığı üyelerinden her biri, üzerinde TMK m.688 uyarınca serbestçe tasarrufta bulunabileceği ve ayrı bir malvarlığı değeri oluşturan bir payı haiz olur. Bu bağlamda ortaklardan her birinin eski hukuki konumunun sona ermesi üzerine yine o hukuki konumdan kaynağını alan -nitekim yeni kişi birliğinde her üye yine aynı malvarlığı değerlerinin tamamında hak sahibidir ve paylarını da muhafaza etmektedir- bu yeni hukuki konum, sadece bir önceki birlikte hak sahipliğindeki payın niteliksel dönüşümüne tekabül etmekte olup kavramsal olarak bir devirden tamamen farklıdır. Bu yönde bkz. WOLF, **Auflösung**, s. 188-189.

<sup>32</sup> Öğretilen paylı hak sahipliğine dönüştürmede kural olarak kişi birliğini oluşturanlar ile sahip olunan malvarlığı değerlerinin aynı kaldığı dikkate alındığında (objektif veya subjektif kısmı dönüştürme için ayrıca bkz. 10-11) esasen sadece birliğin adında (kullanılan daha çarpıcı ifadeyle “etiketinde”) bir değişikliğin gerçekleştiği belirtilmektedir. Bu yönde GROSSEN, Jacques-Michel, “Propriété commune et registre foncier”, **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, C. 40, 1959, s. 11. Esasen bu dönüşümün her bir ortağın hukuki konumunda -türev nitelikte dahi olsa- önemli sayılabilecek bir değişikliğe neden olduğu dikkate alındığında, gerçekleşenin sadece ad değişikliği olduğu iddiasının isabeti tartışılır olmakla birlikte, yazarın tespiti bu işlemle malvarlığı devri amacı güdülmeyeceğine ortaya koyması bakımından çarpıcıdır.

tır<sup>33</sup>. Elbirliği hak sahipliğindeki malvarlığı değerlerinin devrini amaçlamayan paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesi ayrıca paylaşırma sözleşmesinden de -doktrinde savunulduğunun aksine- kanaatimizce farklıdır. Nitekim paylı hak sahipliğine dönüştürme, miras ortaklığının mirasın paylaşılmasından farklı bir sona erdirilmesi sebebidir<sup>34</sup>. Bundan hareketle paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesinin paylaşma olarak ele alınmasına şüpheyle yaklaşılmalıdır<sup>35</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere mirasın paylaşılması, miras ortaklığı kapsamında yer alan malların ve borçların mirasçılar arasında bölüşülmesi suretiyle bu elbirliği ortaklığının dağıtılmasını sağlarken<sup>36</sup> paylı hak sahipliğine dönüştürmede ise kural olarak ne tereke mallarının tasfiyesi ne de tereke malları veya pay sahibi kişilerde bir değişiklik söz konusu olup sadece birlikte hak sahipliğinin niteliği (ve bu bağlamda miras ortaklığının eski üyelerinin hak sahipliği konumu) değişmektedir<sup>37</sup>. Hem elbirliği hak sahipliğinin sona erdirilmesine ilişkin kaleme alınmış TMK m.703'te paylı hak sahipliğine dönüştürme ile topluluğun dağılmasının ayrı ayrı ele alınmış olması hem de paylı hak sahipliğine dönüştürme davasının düzenlendiği TMK m.644'e miras hukuku kitabının "*mirasın paylaşılması*" bölümünün miras ortaklığına egemen olan ilkelerin açıklandığı "*paylaşmadan önce miras ortaklığı*" ayrımında yer verilmiş olması da bu tespitimizin isabetini doğrulamaktadır<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Terekede yer alan malvarlığı değerlerinin mirasçılara payları oranında verilerek ferdi hak sahipliğine geçiş sonucunu doğurması sebebiyle, paylı hak sahipliğine dönüştürmeden daha köktenci sonuçları olan mirasın paylaşılmasına ilişkin sözleşme için, taşınmazları konu edinse dahi, TMK m.676/f.3 uyarınca adi yazılı şeklin öngörülmesi dikkate alındığında; taşınmazlar üzerindeki hak sahipliğini paylı hak sahipliğine çevirmeyi amaçlayan sözleşmeyi resmi şekle tabi kılmak çelişkiye neden olur. Benzer OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1361, dn. 301.

<sup>34</sup> STEINAUER, Paul-Henri, *Le droit des successions*, 2e édition, Stämpfli Editions, Berne, 2015, N. 1190.

<sup>35</sup> Bununla birlikte öğretide miras ortaklığı bakımından paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesi ile miras paylaşma sözleşmesinin özdeş ele alındığı görülmektedir. Buna örnek olarak bkz. NOMER / ERGÜNE, N. 825; benzer FIRINCI, Semra, *Miras Paylaşma Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023, s. 58 ve dn. 228. Esasen miras ortaklığının sona erme sebeplerini sayarken "mirasın paylaşılması" ile "elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete çevirmeyi" ayrı ayrı değerlendiren *Ergüne* ise (bunun için bkz. ERGÜNE, s. 1064), mirasın kısmi paylaşılmasına ilişkin sözleşme yapılmasının mümkün olup olmadığı sorununu incelerken TMK m.676/f.2'ye atıfta bulunarak "... bu düzenleme, her ne kadar paylı mülkiyete çevirme bakımından kısmi paylaşmayı öngörmüş olsa da..." demek suretiyle paylaşma ile paylı hak sahipliğine dönüştürmeyi özdeş olarak ele almaktadır. Bunun için bkz. ERGÜNE, s. 1068.

<sup>36</sup> Nitekim mirasın paylaşılması terekedeki aktif ve pasiflerin aynen veya nakden olarak mirasçılara verilmesidir. Bu tanım ve paylaşırmanın hem aktif hem de pasiflerin paylaşılması bakımından hukuki niteliğine yönelik bkz. AVCI, Mehmet Özgür, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması*, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 22-25.

<sup>37</sup> Elbirliği hak sahipliğinin sona erme sebeplerinden "topluluğun dağılması" ile "paylı hak sahipliğine geçilmesi" arasındaki farka dair genel açıklamalarımız için bkz. I. B. Miras ortaklığının dönüştürülmesi bakımından genel olarak WOLF, *Auflösung*, s. 184-185.

<sup>38</sup> Buna ilaveten TMK m.644'te paylı hak sahipliğine dönüştürme davasının kabulü için hâkimin tayin ettiği süre içerisinde "*paylaşma davası açılmaması*" şartının getirilmesi de bu savı doğrulamaktadır.

Paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesinin herhangi bir geçerlilik şeklinde tabi olmamasının uygulamadaki en önemli sonucu, taşınmazların elbirliği hak sahiplerinin birlikte başvurarak her birinin Tapu Sicil Tüzüğü'nün<sup>39</sup> 22. maddesi uyarınca istem belgesi düzenleyerek<sup>40</sup> ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesine göre tasarruf yetkisini haiz olduğunu ispat ederek<sup>41</sup> bu malvarlığı değerinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep edebilmelerinde kendisini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, Kadastro Kanunu Ek m.3 uyarınca mirasçılardan birinin tapu sicil müdürüne yönelteceği taleple dahi -olumsuz şartların gerçekleşmemesi halinde- paylı hak sahipliğine dönüştürmenin mümkün olduğu<sup>42</sup> Türk hukukunda bu sözleşmenin kanuni geçerlilik şekline tabi olmaması uygulama bakımından bir sorun yaratmayacaktır<sup>43</sup>.

### 3. İçeriği

Paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesiyle tereke mallarının tamamında veya bir kısmında mirasçılardan tamamının veya bazılarının paylı hak sahipliğinin öngörülmesi mümkündür. Sözleşme özgürlüğü bağlamında ortaya çıkabilecek çeşitli kurgulara bağlanan hukuki sonuçların, hem kuramsal hem de uygulama bakımından taşıdıkları önem sebebiyle, incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Mirasçılar, terekenin tamamının üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin dönüştürülmesini, her bir ortağın mevcut payını koruyarak ve TMK m.688/f.3 uyarınca pay sahibi olmasını öngörerek düzenleyebilirler. Hem objektif hem de subjektif açıdan tam bir paylı hak sahipliğine dönüştürmeyi konu edindiğinden dolayı miras ortaklığını tamamen sona erdirmeye yönelik bu sözleşmeye dayalı

<sup>39</sup> RG. 17.08.2013, S. 28738.

<sup>40</sup> Nitekim TMK m.1013/f.1 uyarınca da *“tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır.”*

<sup>41</sup> Nitekim TMK m.1015/f.2'ye göre de *“istemde bulunan kimse, kendisinin, sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle tasarruf yetkisini belgemiş olur.”*

<sup>42</sup> Bu düzenleme ve öğretide neden olduğu eleştiriler için Bkz. II, C'deki açıklamalar.

<sup>43</sup> Tapuya kayıtlı taşınmazların elden paylaşımının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışma, paylı hak sahipliğine dönüştürme Tapu Sicil Tüzüğü'nün 20 / c maddesinin kapsamına girmediği için miras ortaklığının bu sona erme hali için bir önem taşımaz. Bütün bu açıklamalardan hareketle mirasçılardan aralarında herhangi bir yazılı sözleşme yapmaksızın birlikte talepte bulunmaları, tasarruf yetkilerini kanıtlamaları şartıyla, aralarında bir sözleşme ilişkisi olduğunu ortaya koyar. Paylı hak sahipliğine dönüştürmeye dair sözleşmenin düzenlendiği TBK m.676/f.2'de kanuni geçerlilik şekline tabi kılınmamış olması da dikkate alındığında bütün mirasçılardan talepte bulunmaları TMK m.1015/f.3 uyarınca hukuki sebebin geçerliliği bakımından gerekli şarta uyulduğunun ispatıdır. Her mirasçının yazılı istemde bulunması gerekliliği sadece tapu siciline ilişkin düzen kurallarının bir sonucu olup ilgili sözleşmeye ilişkin bir geçerlilik şartı değildir.

olarak tereke mallarına dair tasarruf işlemlerinin tamamlanmasıyla birlikte miras ortaklığı tamamen sona ermiş olacaktır. Bu bağlamda gerçekleştirilen her bir tasarruf işlemiyle mirasçılardan her biri artık ilgili malvarlığı değeri bakımından paylı hak sahibi sıfatını kazanacak ve artık paylı hak sahipliğine dair hükümlere tabi olan hakkın üzerindeki birlikte hak sahipliği nihayetinde TMK m.698-700'e göre sona erecektir<sup>44</sup>.

Paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesinde bazı tereke malları ile sınırlı olarak mirasçılardan tamamının paylı hak sahipliğinin öngörülmesi de mümkündür. Objektif olarak sınırlı dönüştürmeyi hedefleyen bu hukuki işleme dayalı yapılan tescillerin sonucunda paylı hak sahipliğine dönüşenler dışındaki tereke değerleri üzerinde miras ortaklığı varlığını muhafaza edecektir<sup>45</sup>. Bu durumda varlığını koruduğu kapsamda miras ortaklığı terekenin objektif veya subjektif şekilde paylaşılması veya paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi yoluyla sona erdirilebileceği gibi elbirliği hak sahipliğindeki malların devri de bu kişi birliğini ortadan kaldıracaktır<sup>46</sup>.

Mirasçılar, yaptıkları sözleşmeyle hem tereke mallarının tamamı üzerindeki hak sahipliğini paylı hak sahipliğine dönüştürmeyi hem de paylı hak sahipliği birliğinin sona erecek miras ortaklığının üyelerinden bazılarının yer alacağını düzenleyebilirler. Kurgusu itibarıyla her zaman subjektif kısmi paylaşmanın eşlik edeceği<sup>47</sup> subjektif kısmi paylı hak sahipliğine çevirmenin gerçekleşmesi durumunda miras ortaklığının nesnel yoldan sona erdirilmesine ilişkin hukukî imkanlardan yararlanmak artık mümkün olmayacaktır<sup>48</sup>.

Mirasçılardan yapacakları bir sözleşmeyle hem birlikte hak sahipliğinin objektif dönüşümünü bazı tereke değerleri ile sınırlamaları hem de paylı hak sahipliği birliğinin sadece bazı mirasçılardan oluşacağını kararlaştırmaları da

<sup>44</sup> WOLF, *Auflösung*, s. 175-176. Yargıtay uygulamasına göre mirasçının alacaklısının açtığı mirasın paylaşılması davası devam ederken mirasçılardan ilgili malvarlığı değerini paylı hak sahipliğine dönüştürmeleri durumunda alacaklının açılmış davadaki hukuki yararı ortadan kalktığı için davanın reddi gerekecektir. Bu yönde Yar. 14. HD, E. 2020/2860, K. 2020/5825, 5.10.2020; Yar. 14. HD, E. 2019/2339, K. 2019/7744, 13.11.2019. Paylı hak sahipliği payının paraya çevrilmesinin İİK m.121 uyarınca yapılabileceği ve gerekirse alacaklıya icra mahkemesi tarafından yetki kazandırılması gerektiğine yönelik TOPUZ, Gökçe, *Hisse Hacı ve Satış*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 181-182.

<sup>45</sup> WOLF, *Auflösung*, s. 177-178.

<sup>46</sup> Karş. WOLF, *Auflösung*, s. 177.

<sup>47</sup> Subjektif kısmi paylaşma mirasçılardan biri veya birkaçının miras paylarını alarak elbirliği ortaklığından ayrılmasıdır. Bu tanım için bkz. ERGÜNE, s. 1168. Subjektif kısmi dönüştürmede terekenin tamamı korunduğundan ortaklıktan ayrılan mirasçılara ayrılma payı olarak tereke mallarından herhangi bir ödeme yapılmaması gerekmektedir. Benzer WOLF, *Auflösung*, s. 178.

<sup>48</sup> Bu yönde WOLF, *Auflösung*, s. 178.

mümkündür. Anılan olasılıkta paylı hak sahipliğine tabi kılınanlar dışındaki malvarlığı değerleri üzerindeki elbirliği hak sahipliği, terekenin objektif veya subjektif olarak paylaşılması veya paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi yoluyla sona erdirilebileceği gibi elbirliği hak sahipliğindeki malların devri de miras ortaklığını ortadan kaldıracaktır. Dönüşülen paylı hak sahipliğinin konusunu - sadece subjektif kısmı dönüştürmeden farklı olarak- terekedeki malvarlığı değerlerinin tamamı oluşturmadığı için kişi birliğinden ayrılan mirasçılara ödenecek ayrılma payının terekeden karşılanmasında bir sakınca bulunmamaktadır<sup>49</sup>.

## B. Miras Ortaklığını Mahkeme Kararıyla Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürme

### 1. Yürürlükteki Düzenleme ve Tarihî Gelişimi

#### a. Yürürlükteki 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 644. Maddesi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "D. Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi" kenar başlıklı 644. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

*"Bir mirasçı, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder.*

*Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.*

*Terekeye dahil diğer hakların ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da yukarıdaki hükümler uygulanır<sup>50</sup>."*

<sup>49</sup> Benzer WOLF, *Auflösung*, s. 179.

<sup>50</sup> Düzenlemenin madde gerekçesi şu şekildedir: "Yürürlükteki Kanunun 584/a maddesini karşılamaktadır. Elbirliği mülkiyetinde malikler kural olarak hep birlikte hareket etmek zorunda olduklarından, bir çok konuda maliklerden birinin karşı koyması durumunda sorunlar çözümsüz kalabilir. Bu da ilişkileri işlemez duruma sokar. Bu sakıncaları dikkate alan kanun koyucu 3678 sayılı Kanunla 584/a maddesini kabul ederek, bu gibi durumlara çözüm bulmak üzere, paylaşım davası açılmaksızın, yani paylaşma gidilmeksizin de elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi yoluyla maliklerden her birine elde edeceği pay üzerinde tasarruflarda bulunabilme olanağını getirmiştir. 3678 sayılı Kanunla getirilmiş bulunan yürürlükteki hüküm aynen korunmuştur. Sadece maddedeki "iştirak hâlinde mülkiyet" ya da "iştirak hali" yerine, "elbirliği mülkiyeti" terimi kullanılmıştır."

## ***b. Mahkeme Kararıyla Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürme İmkanının Türk Hukukundaki Tarihî Gelişimi***

### **(a) 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 584/a Maddesi**

İsviçre Medenî Kanunu'nda bir karşılığı bulunmayan TMK m.644'e büyük ölçüde kaynaklık eden düzenleme, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'ne 3678 sayılı "743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi-ne, Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 83 üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine, 3095 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna Bir Madde Eklenmesine, 2644 Sayılı Tapu Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun"<sup>51</sup>un 13. maddesi ile eklenen TKM m.584/a'dır. Son anılan düzenleme şu şekilde kaleme alınmış idi:

*“Mirasçılardan biri terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesini talep ettiği takdirde hâkim, diğer mirasçılara tebliğ yaparak tayin edeceği süre içinde onları, itirazları varsa bildirmeye davet eder.*

*İştirak halinde mülkiyetin o mal üzerinde devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri, tayin edilen süre içinde taksim davası açmadığı takdirde o mal üzerindeki iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüşmesine karar verilir.*

*Terekeye dahil diğer hakların ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da yukarıdaki hükümler uygulanır.”*

### **(b) 1984 tarihli Medenî Kanun Ön Tasarısı'nın 568. Maddesi**

Bu düzenlemenin bazı farklılıkları içeren bir benzerine, 1984 tarihli Medenî Kanun Ön Tasarısı'nın 568. maddesinde şu şekilde yer verilmişti:

*“Mirasçıların tümünün sulh mahkemesinde talepte bulunması hâlinde, tereke mallarının tamamı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüşmesine karar verilebilir.*

*Bir mirasçı, tereke mallarından biri üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep ettiği takdirde hâkim, diğer mirasçılara tebligat yaparak tayin edeceği süre içinde onları, itirazları varsa bildirmeye davet eder.*

<sup>51</sup> RG. 23.11.1990, S. 20704.

*Elbirliği mülkiyetinin o mal üzerinde devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri, tayin edilen süre içinde mirasın paylaşılması dâvası açmadığı takdirde, o mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyete dönüşmesine karar verilir.*

*Terekeye dahil diğer hakların ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da yukarıdaki hükümler uygulanır<sup>52</sup>.”*

### **(c) 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nın 585/A maddesi**

Mahkeme kararıyla terekenin tamamının veya bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilişkin kanun hükmü sevk etme fikrinin -oldukça farklı bir içeriği haiz olsa da- ilk ortaya çıktığı 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nın 585/A maddesi ise şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Bütün mirasdaşlar anlaşarak kalıt malları üzerindeki ortak mülkiyeti paylı mülkiyete çevirmezlerse veya kalıt paylaşılır veya mirasçılardan biri tarafından paylaşılma davası açılmaz yahut yasanın koyduğu süreler içinde kalıtın resmen tasfiyesi veya resmi defterinin tutulması istenmezse, mirasçılardan kalıt malları üzerindeki ortak mülkiyete, bunlardan biri tarafından açılacak dava üzerine, asliye mahkemesince paylı mülkiyete çevrilebilir.*

*Böyle bir dava açılmazsa, kalıt üzerindeki ortak mülkiyet mirasbırakanın ölümünden başlayarak iki yıl geçmekle, başkaca bir işlem yapılması gerekli olmaksızın, kendiliğinden paylı mülkiyete çevrilmiş olur ve bu husus ilgilinin istemi üzerine, kalıttaki taşınmazların kütükteki sahifesine yazılır.*

*Resmi defter tutulması sonunda mirasçı mirası kayıtsız ve şartsız veya resmî defter uyarınca kabul ederse, ortak mülkiyet, kabul tarihinde, aynı suretle, paylı mülkiyete çevrilmiş olur<sup>53</sup>.”*

## **2. TMK m.644'ün Uygulanma Şartları**

Mevcut hak ve borçların varlığını başka bir birlikte hak sahipliği türü temelinde sürdürülmesini sağladığı için mirasın paylaşılmasından ayrı bir niteliği haiz olan TMK m.644'teki davanın<sup>54</sup> kanun koyucu tarafından öngörülmüş şartları;

<sup>52</sup> Adalet Bakanlığı, **Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi**, Ankara, 1984, s. 137.

<sup>53</sup> Adalet Bakanlığı, **Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi**, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971, s. 599-600.

<sup>54</sup> Paylı hak sahipliğine dönüştürme davası, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden birinin, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını istemesi üzerine hakim, o gay-

mirasçılardan birinin elbirliği ortaklığının bir kısmının veya tamamının paylı hak sahipliğine çevrilmesini talep etmesi, sulh hakiminin diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği bir süre içerisinde itirazlarını bildirmeye davet etmesi ve hâkimin belirlediği süre içinde diğer mirasçılardan herhangi birinin ne elbirliği ortaklığının sürmesine yönelik haklı bir itirazda bulunmuş ne de paylaşım davası açmış olmasıdır.

#### ***a. Mirasçılardan Bir Terekenin Bulunması***

TMK m.644'ün uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle birden fazla mirasçının tasarrufu altında bulunan bir terekenin mevcudiyeti gerekmektedir.

Mirasbırakanın ölümü anında birden fazla yasal ve/veya atanmış mirasçısının varlığı durumunda miras ortaklığı oluşur. Kanun gereği mirasbırakanın ölüm anında mirasın açılmasıyla kendiliğinden gerçekleşen ve mirasın paylaşılması tamamlanıncaya kadar varlığını sürdüren bu kişi birliğine ilişkin TMK m.640/f.1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir.”*

Birden fazla mirasçının bulunması hâlinde, külli halefler arasında tereke kapsamında yer alan malvarlığı değerleri üzerinde elbirliği hak sahipliği mevcuttur. Bundan hareketle onlar, kapsamında sahip oldukları malvarlığı değerleri üzerinde kural olarak ancak oybirliğiyle tasarruf edebilirler. Tereke üzerinde elbirliğiyle tasarruf ilkesi TMK m.640/f.2'de şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.”*

Tek bir mirasçının varlığında ise mirasbırakanın ölümüyle birlikte miras yoluyla intikal edebilen hukuki ilişkileri, bir bütün halinde, hiçbir işlem süre, işlem

---

rimenkulün mülkiyetinin, 12'nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebileceğine ilişkin KMK m.10/f.7'den de ayrılır. Kat mülkiyetine çevirme durumunda ortak yerler üzerinde paylı hak sahipliği tesis edilse ve mirasçılar kat mülkiyetine özgü özellikleri de bulunmakla birlikte paylı hak sahipliğindeki paya benzeyen arsa payını haiz olsalar da esasen her bir mirasçıya bir bağımsız bölümün onun ferdî mülkiyetinin özgülendiğinden bu dava nitelik olarak paylı hak sahipliğine dönüştürmeden daha çok paylaşma davasına yakındır (zira son anılan düzenlemenin aynen paylaşmayı konu edindiği yönünde KURŞAT, Zekeriya, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 386; KMK m.10/f.7 hakkında detaylı inceleme için bkz. GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Kat Mülkiyeti I**, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 308-323).



veya talep gerekmeksizin yalnızca bu külli halefe intikal edeceğinden, bir miras ortaklığının kurulmasından bahsedilemeyecek ve TMK m.644 uygulama alanı bulamayacaktır. Tek mirasçının kendi mülkiyetine kanun gereği geçen terekedeki herhangi bir değer üzerinde paylı hak sahipliği tesis edilmesi paylı hak sahipliğinin kuruluşuna ilişkin genel ilkeler çerçevesinde mümkün olacaktır.

Anılan davanın açılabilmesi için sadece miras ortaklığının mevcudiyeti yeterli olmayıp aynı zamanda üzerinde tasarrufta bulunulabilir bir terekenin varlığı da gerekmektedir. Bu bağlamda hakkında resmi tasfiyeye karar verilen terekeye ilişkin olarak anılan süreç devam ederken TMK m.644 uyarınca paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunulamaz. Nitekim resmi tasfiye sürecinde mirasçıların terekeyi yönetme ve tereke malları üzerinde tasarrufta bulunma hakları mirasbırakanın ölümü tarihinden itibaren geçici olarak ortadan kalkar<sup>55</sup>. Bu bağlamda tasfiye işlemlerinin sona erip de geriye kalan aktif değerler mirasçılara verilmeye kadar paylı hak sahipliğine dönüştürmenin talep edilememesi gerekir<sup>56</sup>.

### ***b. Mirasçılardan Birinin Elbirliği Ortaklığının Bir Kısımının veya Tamamının Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürülmesini Talep Etmesi***

Miras ortaklığının tamamının veya bir kısmının TMK m.644 uyarınca paylı hak sahipliğine dönüştürülebilmesi için yasal veya atanmış mirasçılardan birinin sulh hakiminden bu yönde talepte bulunması gerekmektedir<sup>57</sup>. Bununla birlikte anılan elbirliği ortaklığının ortağı niteliği bulunmayan vasiyet alacaklıları, tereke temsilcisi, vasiyeti yerine getirme görevlisi ile mirastan yoksunluk, mirastan feragat, mirasın reddi veya mirasçılıktan çıkarma nedeniyle mirasçılık sıfatını kazanamamış veya kaybetmiş olanlar bu talepte bulunamayacaktır<sup>58</sup>. Nitekim TMK m.644/f.1 şu şekilde kaleme alınmıştır:

<sup>55</sup> BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Mirasın Resmi Tasfiyesi**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 161-162.

<sup>56</sup> Miras ortaklığının bir başka sona erme sebebi olan mirasın paylaşılması hakkında aynı yönde AVCI, s. 119-120. Yazar, terekenin resmen yönetilmesini de mirasın paylaşılmasını erteleyici bir sebep olarak ele almaktadır. Yargıtay uygulamasına göre elbirliği hak sahipliğinden paylı hak sahipliğine çevrilmesi talep edilen malvarlığı değerlerinin (örneğin taşınmazların tapu kayıtlarında) paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine engel olacak nitelikte şerh yahut takyidatın bulunmaması gerekmele birlikte (Yar. 14. HD, E. 2017/1058, K. 2020/7712, 24.11.2020) taşınmazlar hakkında mülkiyetin naklini içeren dava veya davaların açılmış olması bu istem hakkında olumlu bir karar verilmesine engel teşkil etmeyecektir (Yar. 14. HD, E. 2020/1657, K. 2020/4643, 07.09.2020) (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>57</sup> Bu bağlamda art mirasçı atama ölüme bağlı tasarrufunun bulunduğu olasılıkta mirasın art mirasçıya geçmesinden öncesinde ön mirasçının, sonrasında ise art mirasçının talep hakkını haiz olacağı yönünde ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi, Cilt: III**, On İki Levha, İstanbul, 2020, N. 250.

<sup>58</sup> Benzer ERDAL, Berrin, **Elbirliği Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Dönüştürülmesi (TMK m.644)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023, s. 68-83. Nitekim mirasçılar dışında üçüncü kişilerin, onlar elbirliği ortaklığının konusunu oluşturan tereke malları üzerinde aynı hak sahibi olmadıklarından, bu davayı açmalarında hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Yar. 14. HD, E. 2014/15708, K. 2016/287, 13.01.2016 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

*“Bir mirasçı, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder.”*

Kural olarak her bir mirasçı tarafından ileri sürülebilen bu talep, elbirliği ortaklığının tamamının veya bir kısmının<sup>59</sup> (diğer bir ifadeyle belirli bir malvarlığı değerinin<sup>60</sup>) paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine yönelik olabilir. Bu bağlamda HMK m.26’da düzenlenen taleple bağlılık ilkesi uyarınca tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olan sulh hâkimi, miras ortaklığının tamamının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesinin istenmesi halinde bu talebi bazı tereke malları ile sınırlı olarak kabul edebilecek olmakla birlikte, istemin terekenin bir kısmına yönelik olması durumunda mirasın tamamının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine karar veremez.

Dava dilekçesinde açıkça TMK m.644’e atıf yapılmasına veya paylı hak sahipliğine dönüştürme istemine yer verilmesine gerek olmayıp davacının talebinin bu yönde yorumlanabilir olması yeterlidir<sup>61</sup>. Dava sadece bu talebe dayalı

<sup>59</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 584/a maddesinin ilk fıkrasına göre de terekenin bir kısmının paylı mülkiyete çevrilmesinin talep edilmesi mümkündür. Karş. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 315. Son anılan düzenlemenin 1984 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısı’ndaki hâline tekabül eden 568. maddesinde ise terekenin tamamının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi için mirasçılardan tamamının sulh hukuk mahkemesine başvurması aranır iken terekedeki malvarlığı değerlerinden birine yönelik bu talepte bulunabilme yetkisi mirasçılardan her birine tanınmıştı. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TKM m.584/a’nın yürürlüğe girdiği dönemden önce, hâkimden terekenin ne tamamının ne de bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep etmek mümkündür. Karş. HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 160.

<sup>60</sup> Bu bağlamda örneğin terekede yer alan anonim ortaklık hisselerinin üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine, bu içerikte esas sözleşmede düzenleme bulunmasına veya genel kurulun karar almasına gerek olmaksızın, mirasçılardan her biri tarafından yapılabilecek talep üzerine ve TMK m.644’ün şartlarının da mevcudiyeti hâlinde hükmedilebilir. Bu tespiti içeren ve ilk derece mahkemesinde görülen davanın istinafa gelen tarafın sıfatı da gözetilerek reddinin gerektiğine hükmeden Bölge Adliye Mahkemesi kararında *“dosya kapsamına göre saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön bulunmadığını”* belirterek onama kararı veren Yar. 11. HD, E. 2020/6453, K. 2022/382, 18.01.2022 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>61</sup> Yar. 20. HD, E. 2020/183 K. 2020/690, 13.2.2020 kararından: *“... Somut olayda; davacı dava dilekçesinde; borçlunun Setbaşı Vergi Dairesi mükellefi olup, vergi borçları bulunduğunu, borçlunun babasından kalan taşınmazlar olduğunu, 6183 Sayılı Kanun’un 63. maddesinde tahsil dairesinin borçlunun haklarını tasfiye bakımından onun haiz olduğu bütün yetkileri kullanarak intifa hakkı veya taksim edilmiş miras veya iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi, malların paraya çevrilebilir hale gelen mallar hakkında da bu kanun hükümlerini tatbik olunacağını hükme bağlandığını belirterek mükellefin vefat eden babası ...’e ait gayrimenkullerden hissesine düşen malların davalı adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Dava dilekçesindeki anlatıma göre davanın konusunun TMK’nın 644. maddesinde düzenlenen elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkin olduğu anlaşılmalı, buna göre, uyumsuzluğun ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir...”* (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**). Olay örgüsünün açık olmadığı bu kısa sayılabilecek kararda, mirasbırakana ait gayrimenkullerden hissesine düşen malların davalı (diğer mirasçı) vergi borçlusu adına tescilini talep et-

olabileceği gibi paylı hak sahipliğine dönüştürmenin asli talep, satış sureti ile ortaklığın giderilmesinin ise fer'i talep şeklinde ileri sürülmesi suretiyle terditli dava açmak da mümkündür<sup>62</sup>.

Kanuni düzenlemede anılan talepte bulunma hakkı her ne kadar sadece mirasçılara tanınmışsa da Yargıtay uygulamasına göre bu davayı, alacağı 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunu kapsamına girmeyen mirasçının alacaklıları da -ortaklığın giderilmesi davası ile ilgili olarak da uygulamada benimsenene benzer şekilde<sup>63</sup>- İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca<sup>64</sup> icra mahkemesinden yetki belgesi almak kaydıyla açabilirler<sup>65</sup>. Bununla birlikte miras payını veya kişisel hakkı alacağın devri hükümlerine göre devralan kişiler, tapu iptali ve tescil davası için verilen yetki belgesine dayanarak elbirliği pay sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep edemeyeceklerdir<sup>66</sup>.

mek, birlikte hak sahipliğinin dönüşümü ile terekeyi oluşturan malvarlığı değerlerinin tamamında hak sahibi kalmaya devam eden eski miras ortaklığı üyesinin artık TMK m.688 uyarınca serbestçe tasarruf edebileceği bir payı haiz gelmesini sağlamak şeklinde anlaşılmaktan uzaktır. Talebin içeriğinin karara yeterli biçimde yansıtılmasından ve hükmün kaleme alınışındaki anlam kapalılığından kaynaklı çekincemizi saklı tutarak bu talebin olsa olsa terekeye dahil malvarlığı değerlerinin mirasçılara payları oranında verilmesi, daha kısa ifadesiyle paylaşırma (ARAL, Fahrettin, **Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 30), şeklinde yorumlanabileceği kanaatindeyiz.

<sup>62</sup> Öncelikle elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesinin, bunun mümkün olmaması halinde satış sureti ile ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi halinde hiçbir haklı gerekçe göstermeden ve araştırma yapmadan asli talep hakkında karar vermeksizin ortaklığın giderilmesine hükmedilmesinin bozma sebebi olduğu yönünde Yar. 14. HD, E. 2019/142, K. 2019/ 7363, 06.11.2019 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>63</sup> Alacaklının, borçlusunu mirasçının miras ortaklığı çerçevesinde elbirliği hak sahibi olduğu bir tereke malını haczettirip bu mal için paylaşma davası açılabilmesi için kendisine veya icra memuruna yetki verilmesini isteyebileceğine yönelik Yar. İBK, E. 48, K. 15, 14.04.1943 (RG. 28.01.1944; S. 5615). Mirasçının AATÜHK'a göre yükümlülük altında bulunduğu alacaklılarının ortaklığın giderilmesi davası bakımından icra hakiminden İİK m.121 uyarınca yetki belgesi almadan mirasın paylaşılması davası açabileceği yönünde Yar. 6. HD, 01.02.1960, E. 1960/10595, K. 1960/804 (ERDOĞAN, Celal, **Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyu) Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 202).

<sup>64</sup> İİK m.121 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazımgelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar.*

*İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malîm olan alacaklıları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir.”*

<sup>65</sup> Bu uygulama ile mirasçının alacaklısına medenî usul hukuku anlamında dava takip yetkisi kazandırılmış olmaktadır. Bu yönde bkz. KÖROĞLU, Anıl, **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisine Işığında Bir İnceleme)**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 139. Alacaklının bu davayı açabilmesi için icra mahkemesinden alması gereken yetki belgesinin dosya içerisinde bulunmaması durumunda, giderilmesi mümkün bu dava şartı eksikliğinin tamamlanması için HMK m.115/f.2 uyarınca davacıya kesin süre verilmesi gerekmekte olup anılan zaman diliminin sonunda dosyaya bu belgenin sunulmaması durumunda davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmesi gerekecektir. Bu yönde Yar. 7. HD, E. 2021/5838, K. 2021/1986, 18.10.2021 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>66</sup> Yar. 7. HD, E. 2022/4859, K. 2022/5880, 06.10.2022; Yar. 14. HD, E. 2015/6371, K. 2016/10415, 15.12.2016, (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

Kanaatimizce mirasın paylaşılması davası bakımında da öğretide isabeti tartışmalı olan mirasçının alacaklısının icra mahkemesinden alacağı yetki belgesiyle dava takip yetkisi kazanabilmesine dair uygulamanın<sup>67</sup> yüksek mahkeme tarafından miras ortaklığını paylaşmadan farklı bir şekilde sona erdiren paylı hak sahipliğine dönüştürme açısından da, TMK m.644'ün de metnine aykırılık teşkil edecek şekilde, istikrarlı bir şekilde uygulanması kuramsal açıdan isabetten uzaktır. Kanaatimizce öğretide de isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, mirasçının elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep hakkı sadece mirasçıya<sup>68</sup> ait olup mirasbırakanın veya mirasçıların alacaklıları, ancak gerek TMK m.648 gerek İİK m.94 ile İİK m.121 uyarınca sağladıkları paylaşmadan sonra elde edilecek tasfiye bakiyesinden mirasçılara payları oranında kalacak malvarlığı değerlerini sattırıp paraya çevirebilirler<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Bu eleştiri için bkz. SUNGURBEY, İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s. 59-60, dn. 73. Özellikle davanın alacaklı yerine onun atanmasını talep edeceği kayyım tarafından açılacağı yönünde 14.04.1943 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile uyumlu olmayan yüksek mahkeme kararlarından örnekler vererek uygulamadaki çelişkileri zimnen de olsa ortaya koyan OZANEMRE YAYLA Hatice Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 247-249.

<sup>68</sup> Nitekim bir kişi tarafından hayatta iken kendi adına kayıtlı olan ve mirasbırakanlarından da intikal edecek miras paylarının devrinin geçerli bir şekilde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle taahhüt edildiği ve buna karşılık gelen bedelin tamamının da ödenmiş olduğu ihtimâlde üçüncü kişi alacaklının, sözleşmeye konu taşınmazlardan elbirliği hak sahipliğinde bulunanların paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilaveten paylı hak sahipliğine dönüştürülmüş olanlarla birlikte (zaman içerisinde ölmüş olan) vaatte bulunanın mirasçılarının adına kayıtlı olanların tapu kayıtlarının iptali ile kendi adına tescilli ve bunun mümkün olmaması halinde ise taşınmazların güncel değerlerinin tespit edilmesi ile belirlenen toplam bedelin (taahhüt edenin mirasçıları olan) davalılardan müteselsilen tahsili talebiyle açtığı davada mirasçı olmayanın paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunmayacağına hükmeden Yar. 7. HD, E. 2021/7804, K. 2023/39, 09.01.2023 kararında: "... *Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK md.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözümleninceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. ... Elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmediği sürece paydaşlardan bir veya birkaçının yaptığı satış vaadi sözleşmesinin bu aşamada ifa olanağı yoktur. Bu kapsamda mirasçı olmayan davacının bu dönüştürmeyi talep etme hakkı da yoktur.*" (**Kazanıcı İctihat ve Bilgi Bankası**). Görüşümüz uyarınca kararda varılan sonuç isabetli olmakla birlikte gerekçedeki tespitlerin yerindeliği tartışmalıdır. Kanaatimizce sözleşmenin ifa olanağı bulunup bulunmadığından bağımsız olarak bir tereke malı üzerindeki miras payının devrine ilişkin yapılmış borçlandırıci işlemle sadece alacaklı sıfatını kazananın, TMK m.644 uyarınca ilgili malvarlığı değerine ilişkin paylı mülkiyete çevirme talebinde bulunamaması gerekmektedir. Nitekim mirasçının bazı taşınmazlardaki miras payının devri sözleşmesini mirasçı olmayan bir üçüncü kişiyle yapması durumunda devir alacaklısı, elbirliği hak sahipliğini kazanamayarak miras ortaklığına giremeyecek olup bu borçlandırıci işlemle yalnızca tasfiye sonucunda paya özgülünenleri talep hakkını elde edecektir. Bundan dolayı TMK m.644 uyarınca elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesi talebinde bulunma da dahil olmak üzere sadece mirasçıların sahip olduğu hak ve yetkileri haiz olamayacaktır. Bunun için bkz. GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 54-57, 229.

<sup>69</sup> Mirasbırakanın veya mirasçıların alacaklılarının önce terekeyi paylı hak sahipliğine dönüştürüp sonrasında da payı haczetmelerinin mümkün olmadığını belirten SEROZAN / ENGİN, §7, N. 16.

Çift taraflı bu davada<sup>70</sup> paylı hak sahipliğine dönüştürme istemi, davacı mirasçı ise diğer bütün yasal ve atanmış mirasçılara<sup>71</sup>; talepte bulunan İİK m.121 uyarınca yetki belgesi almış alacaklı ise bütün mirasçılara yöneltilmelidir.

Bu davaya bakmakla görevli mahkeme TMK m.644/f.1’de de açıkça belirtildiği üzere sulh hukuk mahkemesidir<sup>72</sup>. Bununla birlikte elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilaveten ecrimisil isteminde de bulunulmuşsa, kötüniyetli haksız zilyedin ödeyeceği kullanma tazminatı talebine yönelik davaya bakmaya asliye hukuk mahkemesi görevlidir<sup>73</sup>.

Yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından ise talebin konusuna göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Talebin konusu taşınır ise veya tamamının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi söz konusu olan terekede taşınmaz bulunmuyorsa kanaatimizce genel yetki kuralı olan HMK m.6 uyarınca dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesi olup birden fazla davalının bulunması halinde ise, davanın bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılması

<sup>70</sup> KÖROĞLU, s. 13. Bununla birlikte öğretilde TMK m.644 uyarınca elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilişkin dava hasımsız dava olarak nitelendirilmektedir. Bunun için bkz. İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar- Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi**, Gözden Geçirilmiş 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 468; ÖZDEMİR, s. 64. Hasımsız dava ifadesinden anlaşılması gereken çekişmesiz yargı işi ise bu tespite katılmıyoruz. Nitekim iki taraflı dava sadece çekişmeli yargıda görülebilir. Bunu doğrular şekilde miras hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinin sayıldığı HMK m.382/f.2,b.c’de TMK m.644 uyarınca terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesine yönelik davaya da yer verilmemiştir.

<sup>71</sup> Bir mirasçının mirası hükmen reddetmiş sayılması hâlinde TMK m.611/f.1 uyarınca onun payı, miras açıldığı anda kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçeceğinden bu düzenlemeye göre onun yerine geçen hak sahiplerinin davaya dahil edilmesi gerektiği hususunda Yar. 6. HD, E. 2011/14425, K. 2012/2424, 20.02.2012. Ölüye karşı dava açılması durumunda ise onun mirasçılık belgesindeki mirasçılara dahilî dava dilekçesi ile açıklama tebligatı çıkarılması gerektiği ve anılan işlemler yapılmadan TMK m.644’e dayalı açılan davanın taraf teşkili sağlanmaksızın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesinin bozma sebebi olduğu yönünde Yar. 14. HD, E. 2016/12184, K. 2020/106, 06.01.2020. Davanın iki taraflı niteliğinden dolayı ölü mirasçıya da davanın yöneltilebileceğine karar vererek farklı yönde Yar. 14. HD, E. 2016/18010, K. 2020/5716, 01.10.2020 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>72</sup> TKM m.584/a maddesinde sadece “*hâkim*” ifadesi kullanıldığı için bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde yüksek yargı uygulamasında bir birlik bulunmama idi. Anılan dava, malvarlığı hukukundan kaynaklandığından ve mülkiyet biçimi değişikliğine sebebiyet vereceğinden malın değerine göre görevli mahkemenin belirleneceği yönünde Yar. 2. HD, E. 1996/3549, K. 1996/4569, 24.04.1996. Bununla birlikte ne HUMK m.8’de sulh hukuk mahkemesinin görevine giren uyuşmazlıklar arasında sayıldığından ne de TKM m.584/a’da görevli mahkeme belirtildiğinden bu davaya bakmakla asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu yönünde Yar. 2. HD, E. 1992/1047, K. 1992/1389, 10.02.1992 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>73</sup> Her iki talebin de sulh hukuk mahkemesinde ileri sürülmesi durumunda hâkim, açılış tarihi itibarıyla ecrimisil talebine yönelik davayı paylı hak sahipliğine dönüştürmeye yönelik davadan HMK m.167 uyarınca ayrılmalı ve karar verilmesine gerek olmadığı yönünde bir hüküm tesis etmeden asliye mahkemesinin görevli olmasına dayanarak görevsizlik kararı vermelidir. Bunun için bkz. Yar. 14. HD, E. 2015/4921, K. 2016/8695, 25.10.2016 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

mümkündür<sup>74</sup>. Terekenin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi mirasın paylaşılmasından farklı bir miras ortaklığını sona erdirmeye davası olduğundan<sup>75</sup> mirasın paylaşılmasına ilişkin özel yetki kuralından esinlenilerek<sup>76</sup> verildiğini düşündüğümüz Yargıtay'ın anılan durumda yetkili mahkemenin mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olduğuna hükmettiği kararlara katılmıyoruz<sup>77</sup>. Talep konusunun taşınmaz olması veya tamamı paylı hak sahipliğine çevrilmesi istenilen terekede taşınmaz malvarlığı değeri bulunması halinde ise yetkili mahkemenin belirlenmesinde iki eğilim bulunmaktadır. Bir görüşe göre elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine ilişkin davada yetkili mahkeme -talebin konusunu teşkil etmesi durumunda- taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir<sup>78</sup>. Diğer bir görüş ise bu olasılıkta da mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olduğunu ileri sürmektedir<sup>79</sup>. Konusu taşınmaz olan elbirliği hak sahipliğinden paylı hak sahipliğine dönüştürme davası, kural olarak aynı hak

<sup>74</sup> Konusu taşınır malın üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi olan bir davada uyumsuzluğun HMK m.11 kapsamında bulunmadığına ve kesin yetki halinin söz konusu olmadığına yönelik yüksek mahkeme kararı için bkz. Yar. 14. HD, E. 2016/9661, K. 2019/6957, 22.10.2019. Birden fazla davalının bulunduğu olasılığa ilişkin Yar. 5. HD, E. 2021/1989, K. 2021/3764, 22.03.2021 sayılı kararından “*HMK*’nın 6/1. maddesine göre “... Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Aynı yasanın davalının birden fazla olması hâlinde yetki başlıklı 7. maddesine göre davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayrılarak yetkisizlik kararı verir.” hükümleri düzenlenmiştir. Somut olayda dava konusu taşınır malın bulunduğu yer ve davalılardan birinin yerleşim yerinin Ankara olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda uyumsuzluğun, Ankara 11. Sulh Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)”.

<sup>75</sup> Öğretide TMK m.644 uyarınca paylı hak sahipliğine dönüştürme davasını mirasın paylaşılması ile ilgili bir mesele olarak nitelendirerek farklı yönde ÇABRİ, N. 255.

<sup>76</sup> Bu bağlamda HMK m.11/f.1.b.a şu şekilde kaleme alınmıştır: “(1) Aşağıdaki davalarda, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir: a) Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar...”

<sup>77</sup> Banka hesapları üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin dönüştürülmesi bakımından bu yönde Yar. 5. HD, E. 2023/5055, K. 2023/9903, 30.10.2023; Yar. 20. HD, E. 2015/12302, K. 2015/9408, 15.10.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>78</sup> OĞUZMAN, M. Kemal, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 319; KÖROĞLU, s. 120. Yar. 2. HD, E. 1993/8273, K. 1993/9241, 13.10.1993 kararından: “... Talebe karşı itiraz olduğu takdirde “İştirak halinde mülkiyetin O MAL üzerinde devamını haklı kılacak” (MK. 584/a) bir halin bulunup bulunmadığını en iyi inceleme imkanına sahip olan hakim, gayrimenkul bulunduğu yer hakimini bulunmasına; bu halin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 13. maddesinin konuluş amacına uygun bulunmasına göre incelenen davada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 11. maddesinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); yetkili mahkeme bakımından aynı yönde Yar. 2. HD, E. 1996/3549, K. 1996/4569, T. 24.04.1996.

<sup>79</sup> Talep konusunda herhangi bir ayırmada bulunmadan ve mevzuata atıfta bulunmadan mirasbırakanın yerleşim yerinin yetkili mahkeme olduğunu belirten ÇABRİ, N. 255.

sahipliğinde bir değişikliğe yol açabilecek nitelikte olmasa da taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin olduğundan yetkili mahkemenin HMK m.12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olması gerekmektedir.

### ***c. Sulh Hakiminin Davalılara Çağrıda Bulunarak Belirleyeceği Bir Süre İçerisinde İtirazlarını Bildirmeleri İçin Davalıları Davet Etmesi***

Mirasçı veya -Yargıtay uygulamasına göre- İİK m.121 uyarınca icra hakiminden yetki belgesi almış mirasçının alacaklısı tarafından terekenin tamamının veya bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine yönelik talepte bulunulması durumunda sulh hâkimi, davalılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içerisinde itirazlarını bildirmeye davet eder. Davalılar, mirasçının talepte bulunması hâlinde diğer mirasçılar; istem sahibinin mirasçının alacaklısı olduğu olasılıkta ise mirasçıların tamamıdır. Sulh hâkiminin daveti TMK m.644/f.1’de şu şekilde belirtilmektedir:

*“Bir mirasçı, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder.”*

İtirazda bulunma hakkı, TMK m.644/f.1 uyarınca -kimin talepte olduğundan bağımsız olarak- sadece mirasçılara aittir<sup>80</sup>. Her bir mirasçıya yollanacak davetiyede duruşma günü bildirilecek olup *“elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen süre içinde paylaşma davası açılmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verileceğine”* dair ihtarin bulunması gerekir<sup>81</sup>. Buna ilaveten dava dilekçesinin tebliği için çıkartılan tebligat evrakına ayrıntılı kimlik bilgileri yazılmalıdır. Dava dilekçesinin tebliği için 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na uygun çıkarılan tebligat evrakında muhatapların kimliklerinin de ayrıntılı bir şekilde yazılması gerekmektedir<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> İtirazda bulunma hakkının mirasbırakanın alacaklılarına da tanınarak bu düzenlemenin miras ortaklığının alacaklılarının haklarını korumadığına yönelik öğretilerdeki çekincelerin giderilebileceği yönünde İMRE / ERMAN, s. 469-470; TMK m.644’ün metninden hareketle alacaklılara itiraz hakkı tanınmasının herhangi bir hukuki dayanağının bulunmadığını ileri sürerek bu öneriye karşı çıkan ÇABRİ, N. 263, dn. 565.

<sup>81</sup> Bu ihtarı içermeyen tebligatlara dayalı olarak hüküm kurulamayacağı yönünde Yar. 14. HD, E. 2014/15888, K. 2016/1051, 28.01.2016 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**). Öğretilerde bu yönde AYAN / AYAN, s. 365, dn. 51.

<sup>82</sup> Dava dilekçesinin tebliği için çıkartılan tebligat evrakına ayrıntılı kimlik bilgilerinin yazılmamış ve mazbatalarda yer alan imzalar aynı şahsa ait ise tebligat usulsüzdür. Bu durumda, mahkemece dava dilekçesinin muhatapların ayrıntılı kimlik bilgileriyle beraber yeniden tebliği ile usulüne uygun şekilde taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik bir karar verilmesi gerektiği hususunda Yar. 14. HD, E.

***d. Hâkimin Belirlediği Süre İçinde Diğer Mirasçılardan Herhangi Birinin Ne Elbirliği Ortaklığının Sürmesine Yönelik Haklı Bir İtirazda Bulunmuş Ne De Paylaşım Davası Açmış Olması***

TMK m.644 uyarınca açılan davanın kabul edilebilmesi için hâkimin belirlediği süre içerisinde diğer mirasçılardan herhangi birinin talebe konu malvarlığı değerleri üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin sürdürülmesine yönelik haklı bir itirazda bulunmamış veya paylaşma davası açmamış olması gerekmektedir. Bu husus, TMK m.644/f.2'de şu şekilde belirtilmektedir:

*“Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.”*

Bu düzenlemenin ters anlamından hareketle, hâkim tarafından belirlenen süre içerisinde mirasçılardan biri, talep konusu malvarlığı değerleri üzerinde elbirliği hak sahipliğinin devamına yönelik haklı bir itirazda bulunursa ve/veya paylaşma davası açarsa TMK m.644 uyarınca açılmış dava reddedilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, paylı hak sahipliğine dönüştürme kararının verilebilmesi için talebe konu edilen malvarlığı değerleri üzerinde elbirliği hak sahipliğinin sürdürülmesine yönelik hâkim tarafından belirlenen süre içerisinde haklı itirazda bulunulmamış olma ile paylaşım davası açılmamış olma (olumsuz) şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>83</sup>.

Belirlenen süre içerisinde diğer mirasçılardan biri tarafından dahi ileri sürülen itiraz haklı ise, diğer bir ifadeyle elbirliği hak sahipliğinin devamını gerekli kılan bir içeriği haiz ise, artık diğer mirasçıların ayrıca mirası paylaşma davası açmasına gerek olmaksızın TMK m.644 uyarınca açılan dava reddedilecektir<sup>84</sup>.

2014/8990, K. 2014/10261, 22.09.2014. Ayrıca Yar. 14. HD, E. 2016/9683, K. 2019/7076, 24.10.2019 kararından: “Yukarıda açıklanan ilkeler gereğince, somut olayda; davalı ...'a dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir tebligatın ilk seferde doğrudan Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre tebliğe çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Yine gerekçeli karar da ilk seferde doğrudan Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre tebliğe çıkartılmıştır. Mahkemece, yargılamaya davalı ...'in yokluğunda devam olunarak hüküm kurulması doğru görülmüştür.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>83</sup> Bu bağlamda TMK m.644'ün 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ndeki karşılığı olan TKM m.584/a'daki başvurunun bağımsız bir değiştirici yenilik doğuran hak değil, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesindeki gibi “hâkim müdahalesini talep” usulî işlemi olarak değerlendiren HATEMİ, §13, N. 12. Paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinin kabulü bakımından şart olarak sadece süre içinde hiçbir mirasçının terekenin paylaşılması davası açmamasını belirtmekle yetinen OĞUZMAN, s. 319.

<sup>84</sup> Talep konusunun tamamına yönelik ileri sürülen sebebin haklı olarak nitelendirilmesi durumunda TMK m.644 uyarınca açılan dava reddedilecektir. Bununla birlikte itiraz, talebin içeriğindeki malvarlığı değerlerinin tamamına ilişkin değilse, hâkim itiraza konu edilmeyenler bakımından paylı hak sahipliğine dönüştürmeye karar vermeli.



İtirazın haklı olup olmadığına hâkim, TMK m.4 uyarınca hukuk ve hakkaniyete uygun şekilde değerlendirerek karar verecektir<sup>85</sup>. Bu bağlamda öğretide haklı itiraz örneği olarak mirasçılar arasında miras ortaklığının sürdürülmesine dair sözleşmenin varlığı<sup>86</sup>, paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi talep edilen tereke malları (kısmi dönüşüm talebine konu olanlar) dışındaki malvarlığı değerlerinin mirasbırakanın borçlarını karşılamaya yeterli olmaması<sup>87</sup>, paylaşma sözleşmesinin varlığı<sup>88</sup> ve mirasbırakanın elbirliği ortaklığının bir süre daha devam edeceğine dair yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf<sup>89</sup> verilmektedir. Kanaatimizce bu örneklerden, kısmi dönüştürme talebine karşılık mirasçıların elbirliği hak sahipliğinde kalması öngörülen aktiflerin mirasbırakanın borçlarını karşılamaya yeterli olmayacağı ileri sürülmelerinin haklılığına şüphe ile yaklaşılması gerekmektedir. Öncelikle bu itiraz, içeriği itibarıyla, mirasçılardan ziyade mirasbırakanın alacaklıları tarafından ileri sürülmeye daha elverişlidir. Bununla birlikte

<sup>85</sup> Bu düzenleme bağlamında hâkime takdir yetkisi, hükmün uygulanmasına ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi hususunda tanınmıştır. Nitekim ileri sürülen itirazın haklı olması, paylı hak sahipliğine dönüştürme kararının verilmesine engel olacaktır. Şartlarda takdir yetkisine ilişkin bkz. DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, N. 842.

<sup>86</sup> DURAL, Mustafa / Öz, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, N. 1929; TEKELİOĞLU, Numan, **Miras Paylaşma Sözleşmesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 62. Geçici amaçla kanun gereği kurulmuş bu elbirliği ortaklığının niteliğine uygun şekilde paylaşmayı kısa bir süreliğine ertelemeyi hedefleyen bu sözleşmeler, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Bununla birlikte mirasçıların mirasın paylaşılmasını uzun bir süre ertelemeyi amaçlamaları durumunda ise bu sözleşme artık ortakların iradelerinin yorumunun elverdiği ölçüde miras ortaklığını başka bir elbirliği ortaklığına dönüştürme anlaşması olarak nitelendirilebilecek ve yeni ortaklığın kuruluşuna ilişkin hukuki işlemin (örneğin aile malları ortaklığına dönüştürme durumunda TMK m.374 uyarınca resmi şekilde) şekline tabi olacaktır. Bu yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 683-684. Belirtmek gerekir ki, herhangi bir dönüştürme iradesi bulunmaksızın ortakların kişilik haklarını ihlâl edici şekilde uzun süreli ertelemeyi amaçlayan sözleşmeye, TBK m.27 uyarınca geçerli olmadığı için; bütün terekeyi kapsayan ve geçerli şekilde yapılmış başka elbirliği ortaklığına dönüştürme sözleşmesine de artık bir miras ortaklığının varlığından bahsedilemeyeceğinden dolayı TMK m.644 uyarınca haklı itiraz sebebi olarak dayanılmaz.

<sup>87</sup> İMRE / ERMAN, s. 469; ÖZDEMİR, s. 65.

<sup>88</sup> ÇABRİ, N. 257.

<sup>89</sup> Bu ölüme bağlı tasarrufun geçerli olabilmesi için miras ortaklığının geçici niteliğine uygun şekilde uzun olmayan bir süre için paylaşımın ertelenmesini öngörmüş olması ve saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ihlal etmemesi gerekmektedir. Bunun için bkz. ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek, **Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt: III**, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, N. 2206. Bu bağlamda mirasın paylaşılmasını tamamen yasaklayan veya miras ortaklığının geçici niteliği bağdaşmayacak şekilde uzun süre paylaşımın ertelenmesini öngören ölüme bağlı tasarruf, hukuka ve ahlâka aykırılıktan dolayı -bizim de katıldığımız görüşe göre- kendiliğinden hükümsüz olacağından (bu yönde AKKANAT, Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 15, dn. 42; aksi yönde ATLI, Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin, Ankara, 2017, s. 72) haklı itiraza konu edilemeyecektir. Saklı payı ihlal eden tasarrufun geçersizliği kesin hükümsüzlük niteliğinde olmadığından (benzer TUOR / PICEONI, Art.604, N. 8) haklı itiraz olarak ileri sürülmesine bir engel bulunmamaktadır.

TMK m.644'te haklı itirazda bulunma yetkisi sadece mirasçılara tanınmıştır. Kanaatimizce anılan düzenlemede alacaklılara itirazda bulunma hakkı tanınmış olsa idi yine de bu olgunun haklılığı miras ortaklığının sona ermesi durumunda mirasçılarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler uyarınca tartışmalı olurdu. Nitekim miras ortaklığının sona ermesi durumunda mirasçılarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bakımından terekenin tamamına ilişkin bir sona erme söz konusu değilse mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil sorumluluğunu sınırlamak alacaklıların menfaatiyle örtüşmez<sup>90</sup>. Öğretide haklı itiraza örnek olarak mirasçılardan birinin aile konutunun paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep ettiği takdirde sağ kalan eşin TMK m.652 uyarınca miras payına mahsuben konutun mülkiyetinin kendisine devrini talep hakkını ileri sürmesi de verilmektedir<sup>91</sup>.

Hâkimin belirlediği süreden sonra ileri sürülen itirazların hâkim tarafından dikkate alınmaması gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu, miras ortaklığı gibi geçici amaçla kurulan bir kişi birliğinin<sup>92</sup> yönetimi ile ilgili elbirliği ilkesinin uygulamada yaratacağı sakıncalı sonuçları önlemek için bu düzenlemeyi sevk etmiştir<sup>93</sup>. Bu bağlamda bir kere paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunulup elbirliği ortaklığının terekenin tamamı veya bir kısmı bakımından sona ermesine ilişkin irade açıklandığında, arzunun yöneldiği hukuki sonucun engellenmesi, ancak oybirliği esasına dayalı yönetim ve tasarruf düzenini meşrulaştırın istisnai durumların varlığında mümkün olabilecektir<sup>94</sup>. Hâkimin belirlediği makul süre içerisinde ileri sürülmesi gerekliliği de kanaatimizce miras

<sup>90</sup> Nitekim mirasın paylaşılması yoluyla sona ermesi halinde de terekenin tamamı veya çok küçük bir kısmı dışındaki kısmı paylaşılmadıkça TMK m.681 uygulama alanı bulmayacaktır. Öğretideki hâkim görüşlerinden yaptığı değerlendirmeye bu yönde olduğu anlaşılan OZANEMRE YAYLA, s. 360-361; benzer TURAN BAŞARA, Gamze, "Mirasçılarının Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Miras Bırakmanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 71, S. 3, s. 1111.

<sup>91</sup> ÇABRİ, N. 257. Başka bir haklı itiraz olarak, talep konusu taşınmazın 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamında tarımsal amaçla işletildiğinin ileri sürülmesi de düşünülebilir.

<sup>92</sup> Miras ortaklığının geçici niteliğini vurgulayan OZANEMRE YAYLA, s. 17.

<sup>93</sup> Bkz. 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesinin gerekçesi.

<sup>94</sup> Benzer bir durum mirasın ortaklığının bir başka sona erme hali olan paylaşma davasının açılmasında da söz konusudur. Nitekim TMK m.642/f.1 uyarınca mirasçılardan her biri, kural olarak, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir. Her bir ortağa tanınan serbest bir şekilde ilgili elbirliği ilişkisini sona erdirmeye hakkı miras ortaklığının geçici niteliğinin bir kere mirasın paylaşılarak sona ermesine ilişkin irade ortaya konulduğu takdirde, elbirliği ortaklığını sürdürmeyi meşrulaştırın bir yükümlülük -istisnai olarak- kanundan veya sözleşmeden doğmadıkça, elbirliği ortaklığının sona ermesi gerekmektedir. Bu bağlamda bu ortaklığın geçici niteliği esas olduğundan buna engel olan durumlar da son derece sınırlıdır. Bir ara çözüm niteliğindeki (TMK m.644'teki hukuki imkânı bu şekilde niteleyen KILIÇOĞLU, s. 314) elbirliği pay sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi talebine benzer bir bakış açısıyla yaklaşılması miras ortaklığının niteliği ve sona erme düzenine yönelik kanun koyucunun yaklaşımıyla da uyumlu olacaktır.

ortaklığının sürdürülmesine ilişkin sebeplerin istisnai nitelikte olması gerekliliği ile bağlantılıdır<sup>95</sup>.

Belirlenen süre içerisinde haklı itiraz ileri sürülmemesine ilaveten paylaşma davası da açılmamış olmalıdır<sup>96</sup>. Kanun koyucunun davanın açılmasından sonra hâkimin belirlediği süre içerisinde paylaşma davasının açılmamış olmasını araması, evleviyetle mirasçılardan biri tarafından terekenin paylaşım davasına konu edilmiş tamamı veya bir kısmına yönelik sonradan TMK m.644'ü konu edilen dava açılmaması sonucunu doğurur<sup>97</sup>. Nitekim öğretide de *Kocayusufpaşa-*

<sup>95</sup> Haklı itiraz olarak örnek verilen miras ortaklığının sürdürülmesine yönelik sözleşmenin varlığına hâkimin verdiği süre içerisinde dayanılmaması, bu sözleşmenin ikale edildiği şeklinde yorumlanabilir. Benzer bir yorum paylaşma sözleşmesine dayalı itiraz edilmesini olasılığı için de yapılabilir. Hatalı olarak “dönme” ifadesine yer verilse de esasen benzer tespitin yapıldığı Yar. 8. HD, E. 2018/10954, K. 2018/14433, 26.06.2018 kararından: “... Ayrıca, miras taksim sözleşmelerinde, sözleşme tarihinden sonra tüm mirasçılarının ya da sözleşmede hak iddia eden tarafın katılımı ile elbirliği mülkiyetinin, müşterek mülkiyete çevrilmesi durumunda sözleşmeden dönüldüğünün kabulü gereklidir...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Mirasbırakanın miras ortaklığının sürdürülmesine yönelik ölüme bağlı tasarrufunun varlığına rağmen miras ortaklığının sona ermesine itiraz edilmemesi, bu hukuki işlemden öngörülen kuralın mirasçılardan oybirliği ile bertaraf edildiği anlamına gelebilir (hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla mirasçılardan oybirliği ile alacakları kararlar mirasbırakan tarafından belirlenen paylaşma kuralının bertaraf edilebileceği hususunda OZANEMRE YAYLA, s. 136-137). Öğretide genellikle verilen diğer örnek olan, tereke mallarının bir kısmının paylı hak sahipliğine dönüşmesi durumunda elbirliği hak sahipliğinde kalacak olanların tereke borçlarını karşılamaya yetmeyecek olması ise esasen haklı itiraza konu olmayacağından bu itirazın ne zaman ileri sürüldüğü önem taşımaz. Yukarıda haklı itiraz olarak sayılan sağ kalan eşin TMK m.652 uyarınca miras payına mahsuben aile konutun mülkiyetinin kendisine devrini talep hakkını ileri sürmesi ile taşınmazın 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamında tarımsal amaçla işleildiği iddiası da kanaatimizce hakimin verdiği süreden sonra haklı itiraz olarak ileri sürülemez. Bununla birlikte anılan iki olgusun sonradan açılan bir paylaşım davasına konu edilmek ilgili taşınmazın paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine engel teşkil etmesi olasılığı da göz ardı edilmemelidir.

<sup>96</sup> Paylaşım davası açılmamasını TMK m.644'ün uygulanması şartları arasında saymayan KILIÇOĞLU, s. 315.

<sup>97</sup> Bu yönde Yar. 7. HD, E. 2023/482, K. 2023/2805, 24.05.2023 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bununla birlikte Yargıtay, mirasçılardan İİK m.121 uyarınca yetki belgesini haiz alacaklıları tarafından açılmış bir mirasın paylaşılması davasının mevcudiyetinin mirasçılardan TMK m.644 uyarınca elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi davasının açılmasını engellemediğini kabul etmektedir. Nitekim Yar. 14. HD, E. 2016/8715, K. 2019/6575, 14.10.2019 kararından: “... Somut olaya gelince; davalı ...'nin borcu nedeniyle alacaklıları tarafından İİK 121. maddesi gereğince dava konusu taşınmazda ortaklığın giderilmesi istemi ile Ayrıcalık Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2015/190 Esas sayılı dosyası ile dava açıldığı, eldeki davanın ise bu davadan sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece davalıların MK 2 anlamında iyi niyetli olmadıkları ve hukukun korunacak bir yararları bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, ortaklığın giderilmesi davasının paydaş tarafından değil, paydaşın alacaklısı tarafından açıldığı göz önüne alındığından paydaşların elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davası açmalarında menfaatleri bulunduğu, kötüniyetli olduklarından bahsedilemeyeceği göz önüne alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeler ile karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir...” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bu kararda aynı zamanda terekenin tamamı veya bir kısmına yönelik önceden mirasçılardan biri tarafından paylaşma davası açılması durumunda mirasçılardan artık paylı hak sahipliğine dönüştürme davasını açmakta menfaatlerinin bulunmadığı zımnen de olsa belirtilmektedir. Öğretide düzenlemenin metnine bağlı kalarak sadece hâkim tarafından verilen sürede paylaşım davası açılmasının paylı hak sahipliğine geçiş karar verilmesini engelleyeceği belirtilmektedir. Buna örnek olarak bkz. EREN, Fikret / YÜCER

*oğlu* tarafından henüz bu talep ileri sürülmeden veya hâkim süre tayin etmeden evvel paylaşım davası açılması durumunda evleviyetle paylı mülkiyete dönüştürme talebinde bulunulamayacağı belirtilmektedir<sup>98</sup>. Bununla birlikte anılan yazar değerlendirmesinde, bizim tespitimizden farklı olarak, elbirliği hak sahipliğine dönüştürme davasının açılmasına veya karara bağlanmasına engel olan paylaşım davasının terekenin tamamının mı yoksa bir kısmının mı olduğu kıstasına yer vermemektedir. Kanaatimizce 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlüğü döneminde ileri sürülmüş bu görüşün isabetini değerlendirirken anılan kanunda -4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak- açıkça mirasın kısmi paylaşımına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediğini ve anılan yazarın bu durum karşısında bir ya da birkaç mirasçının diğerlerini kısmi paylaşmaya zorlayan dava açmasının (objektif kısmi paylaşma) mümkün olmadığını savunduğunu göz önünde tutmak gerekir<sup>99</sup>. Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, artık kısmi paylaşmanın da mahkemeden talep edilebildiği yürürlükteki huku-kumuza<sup>100</sup> göre paylaşma davası açıldıktan sonra TMK m.644 uyarınca paylı mülkiyete çevirme talebinde bulunulup bulunulmayacağı meselesinde çeşitli olasılıkları incelemek gerekmektedir. Bu olasılıklardan ilkinde göre terekenin tamamına dair paylaşım davası açılmışsa o tereke bakımından artık TMK m.644'ün uygulama alanı kalmayacaktır. Bununla birlikte terekedeki malların bir kısmına dair paylaşım davası açılmasının daha sonra ileri sürülebilecek paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunma imkanını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı paylaşım davasının hangi malvarlığı değerlerine yönelik açıldığına göre değişecektir. Eğer paylaşım davasına konu edilen malvarlığı değerleri ile paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinin konusu olanlar örtüşüyorsa TMK m.644 uyarınca herhangi bir talep ileri sürülemeyecektir. Ancak her iki talebin konu edindiği malvarlığı değerleri örtüşmüyorsa bu durumda paylaşılması talep edilmeyen malvarlığı değerleri açısından paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunmak mümkündür<sup>101</sup>.

AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 576; YILMAZ, Süleyman, **Medeni Hukuk, Cilt-IV, Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, 2024, s. 179.

<sup>98</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, **Ek Kitap**, s. 57-58.

<sup>99</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, **Miras**, s. 689.

<sup>100</sup> TMK m.642/f.2,c.1 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaşılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir.” Kısmi paylaşmanın her mirasçının her zaman kısmi paylaşma davası açabilmesi yerine, terekenin tamamının paylaşılmasının çok uzun süreceği ya da bazı malların paylaşılmasının bir an önce gerçekleştirilmesinde korunmaya değer bir haklı menfaatin söz konusu olduğu hâller ile sınırlandırılabilceğini vurgulayan ERGÜNE, s. 1082-1082.

<sup>101</sup> Bununla birlikte yürürlükteki huku-kumuza göre kaleme alınmış bazı eserlerde terekeye dahil bir veya birkaç malvarlığı değerinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesine yönelik talepte bulunulmuş olsa dahi

Düzenlemede her ne kadar paylı mülkiyete çevirme talebinin kabulü için hâkimin belirlediği süre içerisinde paylaşım davası açılmaması aranmakta ise de Yargıtay uygulamasına göre TMK m.644'e dayalı açılan davada verilen kararın kesinleşmesinden önce olmak kaydıyla hâkimin belirlediği süreden sonra açılan paylaşım davası da paylı mülkiyete geçiş kararına engel teşkil etmektedir<sup>102</sup>. Kanaatimizce paylı hak sahipliğine dönüştürme davasının paylaşım davası açılmasına veya karara bağlanmasına engel olmasının temelinde kanun koyucunun bu elbirliği ortaklığının dava yoluyla sona erdirilmesinde paylaşım davasını esas yöntem olarak kabul etmesi yer almaktadır<sup>103</sup>. Paylı hak sahipliğine dönüştürme bir sona erme sebebi teşkil etse de bir paylaşım yöntemi niteliği taşımadığından mirasçılar arasındaki ilişkilerin başka bir birlikte hak sahipliği çeşidi altında devamı sonucu doğmaktadır. Paylaşım davasının açılmasıyla birlikte mirasçılardan biri veya birkaçı, esasen sadece elbirliği ortaklığının devamına değil aynı zamanda bu ilişkinin başka bir kişi birliği altında da devamına aykırı bir irade ortaya koymaktadır. Bu davanın açılmasıyla birlikte mirasçılar arasındaki ilişkilerin daha kolay sürdürülebilmesi için kanun koyucunun, getirdiği mahkemeden paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinde bulunma imkanının bir anlamı kalmaz. Bundan hareketle henüz paylı hak sahipliğine dönüştürme kararının kesinleşmediği dönemde bir kere dağılmaya ilişkin irade ortaya konduktan sonra bunun ne zaman ileri sürüldüğünün kanaatimizce de bir öneminin bulunmaması gerekir<sup>104</sup>.

bu istemin reddini sağlayacak paylaşım davasının terekenin tamamına yönelik açılması gerektiği iddia edilmekte ve bu sava neden olarak da miras hukukunun sistemi uyarınca oybirliği sağlanmadığı takdirde ancak terekenin tümünün taksiminin talep ve dava edilebilmesi gösterilmektedir. Bunun için bkz. İMRE / ERMAN, s. 469; ÖZDEMİR s. 65-66; ÇABRİ, N. 257.

<sup>102</sup> Nitekim anılan olasılıkta artık paylı mülkiyete dönüştürme davasının sonuçlanmasından elde edilecek hukuki yarar kalmayacaktır. Bu yönde bkz. Yar. 14. HD, E. 2015/4001, K. 2016/7422, 22.09.2016 (**Kazanıcı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>103</sup> Bu tespit, esasen paylı hak sahipliğine çevirme davasının düzenlenmediği kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun sistematik yapısı ile de uyumludur. Bu bağlamda paylı hak sahipliğine çevirme davasına ilişkin TMK m.644'ün -yerinin isabeti tartışmalı olsa da- "*Miras Hukuku*" kitabının "*Mirasın Paylaşılması*" isimli üçüncü bölümünde bulunduğu da işaret etmek isteriz.

<sup>104</sup> Mirasın paylaşılması davasının açılmış olması, açılmış paylı hak sahipliğine dönüştürme davasının reddine sebebiyet vermekte iken mirasın paylaşılması davasından sonra tarafların hukuki işlem temelinde paylı hak sahipliğine dönüştürmeyi gerçekleştirmiş olmalarının bu davaya bir etkisi olmaz. Yargıtay ise -paylı hak sahipliğine dönüştürmenin nasıl gerçekleştiğinin belli olmadığı bir olayda- İİK m.121 uyarınca aldığı yetki belgesine dayanarak paylaşım davası açmış olan alacaklının dava devam ederken terekenin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi durumunda derdest davayı takibe devam edemeyeceğinden hareketle, paylaşım davasının reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu yönde bkz. Yar. 14. HD, E. 2019/2339, K. 2019/7744, 13.11.2019.

### 3. Paylı Hak Sahipliğine Dönüştürme Kararının İçeriği ve Etkisi

Mirasın paylaşılması davasının açılmadığı ve hâkim tarafından belirlenen sürede elbirliği hak sahipliğinin devamına ilişkin haklı bir itiraz ileri sürülmediği olasılıkta hâkimin vereceği karar talebe göre belirlenmelidir. Bu bağlamda hâkim, kural olarak, dönüştürme talebi mirasın tamamına yönelikse bütün terekenin tamamının; bazı malvarlığı değerlerine dair ise ilgili kısmın paylı hak sahipliğine çevrilmesine karar verecektir<sup>105</sup>. Hükümde paylı hak sahipliğine çevrilen her bir malvarlığı değeri açıkça gösterilmelidir<sup>106</sup>. Kararın infazda tereddüt oluşturmayacak şekilde verilmesi gerekmekte olup<sup>107</sup> hâkim hükmünde sadece mirasçılık belgesine<sup>108</sup> atıfta bulunmaktan kaçınılmalıdır<sup>109</sup>. Elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesi davalarına dair kurulacak hükümde eski miras ortaklığının üyelerine tekabül eden tüm paydaşların<sup>110</sup> hisselerinin mirasçılık belgesine uygun şekilde ayrı ayrı gösterilmesi<sup>111</sup>, paydaşlara verilen payların toplamı ile paydanın birbirine eşit olması gerekir<sup>112</sup>. Paylı hak sahipliğine çevrilmesi talep edilen malvarlığı değerleri arasında taşınmaz bulunuyorsa

<sup>105</sup> ÖZDEMİR, s. 66. Bazı malvarlığı değerlerinin önceden paylı hak sahipliğine dönüştürüldüğünü veya paylaşıldığını tespit etmesi durumunda hâkim, tahkikat sonunda gerçekleşecek duruma göre talepten azına da hükmedebilir. Taleple bağlılık ilkesine ilişkin genel olarak KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, s. 465-466; ayrıca bkz. IŞIK Serpil, “Medenî Usul Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 60’ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi”, **AndHD**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2023, s. 398-400.

<sup>106</sup> Bu bağlamda bağımsız bölüm üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi talep edilmesine rağmen bu taşınmazın ait olduğu kat irtifakına tabi bütün yapının paylı hak sahipliğine çevrilmesinin infaza elverişli olmadığı hususunda Yar. 14. HD, E. 2021/1276, K. 2021/2691, 12.04.2021 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**). Birden fazla taşınmaz söz konusuysa kararda her biri için payların ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Bu yönde Yar. 14. HD, E. 2013/15321, K. 2014/3755, 20.03.2014 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>107</sup> Yar. 14. HD, E. 2015/1588, K. 2016/4989, 25.4.2016 kararından: “... *Mahkemeye... infazda tereddüte neden olacak şekilde hüküm sonucunun birinci bendinde her bir malike düşecek metrekare üzerinden, ikinci bendinde ise veraset ilamındaki paylara göre oranlama yapılması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir...*” (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>108</sup> İlgili malvarlığı değerinin talepte bulunanın mirasbırakanına onun mirasbırakanından intikal ettiği olasılıkta paylı hak sahipliğine dönüştürme talebinin kabulüne dair hükümde sadece talepte bulunanın mirasbırakanının terekesiyle ilgili alınmış mirasçılık belgesine değil talepte bulunanın mirasbırakanının mirasbırakanının terekesine dair tanzim edilmiş mirasçılık belgesine de atıfta bulunulması gerektiği hususunda Yar. 7. HD, E. 2022/2892, K. 2022/6273, 26.10.2022 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>109</sup> Sadece mirasçılık belgesine atıfta bulunarak hüküm tesis edilmesi bozma sebebidir. Bu yönde Yar. 14. HD, E. 2017/3440, K. 2021/1671, 10.03.2021 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>110</sup> Mirasçılık belgesinde yer alan bazı mirasçılara pay verilmemesi bozma sebebidir. Bu yönde Yar. 7. HD, E. 2021/1342, K. 2021/2877, 10.11.2021 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>111</sup> Yar. 14. HD, E. 2021/1592, K. 2021/3285, 18.05.2021. Sadece bilirkişi raporuna atıfta bulunarak hüküm tesis etmenin isabetli olmadığına yönelik Y. 14. HD, E. 2014/3418, K. 2014/6448, 15.05.2014 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>112</sup> Yar. 14. HD, E. 2015/6371, K. 2016/10415, 15.12.2016. Öğretide bu yönde AYAN / AYAN, s. 365, dn. 51.

hüküm tesis edilirken güncel tapu kaydı esas alınarak karar verilmelidir<sup>113</sup>. Mirasbırakanın paydaşlarından biri olduğu paylı mülkiyete tabi taşınmazdaki payı üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesinin talep edilmesi halinde hüküm sonucunda ilgili taşınmazın tapusunda belirtilen mirasbırakanın pay oranının mirasçılık belgesinde belirtilen oranlarda mirasçılarının hissesine oranlandıktan sonra her bir mirasçıya düşen hisse miktarı açık bir şekilde belirtilmelidir<sup>114</sup>.

Terekenin tamamının paylı hak sahipliğine çevrilmesi miras ortaklığının sona ermesi sonucunu doğurur iken birlikte hak sahipliğinin dönüştürülmesinin sadece bazı malvarlığı değerlerine yönelik gerçekleşmesi durumunda miras ortaklığı karara konu olmayan tereke malları üzerinde varlığını devam ettirecektir. Paylı hak sahipliğine geçişin gerçekleştiği malvarlığı değerleri bakımından ise ile her bir mirasçının o zamana kadar sahip olduğu miras payı oranında artık TMK m.688/f.3 uyarınca üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği payı haiz olmasına ilaveten bu kişi birliğine artık tereke temsilcisi atanamayacak olup artık malvarlığı değerlerinin yönetimi ve üzerinde tasarruf edilmesi oybirliği ilkesine değil TMK m.689-692'ye tabi olacaktır. Sona erme düzeni bakımından ise miras ortaklığına ilişkin TMK m.640 vd. yerine paylı hak sahipliğinin sona ermesine ilişkin TMK m.698-700 uygulanacaktır. Buna ilaveten miras ortaklığının mevcudiyeti süresince bu kişi birliğinden çıkarılma imkânı kanunen tanınmamışken, paylı hak sahipliği birliğinde ise TMK m.699 uyarınca belirli şartların varlığı halinde paydaşıktan çıkarılma mümkündür.

Terekenin elbirliği hak sahipliğinden paylı hak sahipliğine çevrilmesinin mirasçıların tereke borçlarından doğan sorumluluklarına etkisi<sup>115</sup> bakımından ikili bir değerlendirmede bulunmakta yarar vardır. Bütün terekenin paylı hak

<sup>113</sup> Tarafların kendi aralarında gerçekleştirdikleri ancak tapu kaydına yansımayan harici pay temliklerine itibar edilerek paylı hak sahipliğindeki paylar belirlenmemelidir. Bu yönde bkz. Yar. 14. HD, E. 2015/3569, K. 2016/7579, 27.09.2016. Tapu kaydına yansımamış geçerli pay devir işlemleri bakımından ise güncel tapu kaydının dikkate alınarak anılan hukuki işlemlerin de değerlendirilmesi gerektiği hususunda Yar. 14. HD, E. 2016/18334, K. 2020/5821, 05.10.2020. İmar nedeniyle tapu kaydı kapatıldığı ve parsel numarası ve yüzölçümü değişmiş olan taşınmazın eski tapu kaydı üzerinden hüküm kurulmasını bozma nedeni olarak değerlendiren Yar. 7. HD, E. 2021/3013, K. 2021/2184, 21.10.2021 (**Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>114</sup> İlgili tapu kaydının yanına parantez açılarak murisin tapudaki hisse miktarının belirtilmesi ile yetinilmesinin hükmü infaz edilemez kıldığı için bir bozma sebebi olduğu yönünde Yar. 7. HD, E. 2022/4733, K. 2022/7156, 23.11.2022 (**Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası**).

<sup>115</sup> Bu bağlamda mirasçıların birbirlerine karşı sorumluluğunda garanti borcunu düzenleyen TMK m.679'un uygulama alanı bulunmayacağına yönelik İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, **Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2024, N. 1815.

sahipliğine dönüştürülmesi durumunda mirasçılarının üçüncü kişilere karşı sorumlulukları bakımından TMK m.681'in kıyasen uygulaması gerekmektedir<sup>116</sup>. Bununla birlikte eğer terekenin tamamı veya tamamı sayılacak derecede önemli bölümü paylı hak sahipliğine çevrilmemişse mirasçılarının sorumluluğunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmayacaktır<sup>117</sup>.

### C. Kadastro Kanunu Ek m.3

Kadastro Kanunu'na 5831 sayılı Tapu Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>118</sup> 8. maddesi ile eklenen Ek m.3 uyarınca mirasçılardan her birine tapu sicil müdürlüğüne başvurmak suretiyle terekedeki taşınmaz üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep yetkisi tanınmıştır<sup>119</sup>. Esasen terekenin kısmi olarak paylı hak sahipliğine çevrilmesine yönelik özel nitelikli bu düzenlemeye göre, TMK m.644'teki diğer şartların varlığı halinde, mahkeme kararına gerek olmaksızın ilgili taşınmaz üzerinde her bir mirasçı miras payı oranında paylı hak sahibi olacak şekilde birlikte hak sahipliği tesis edilecektir. TMK m.644'ü ilga etmeyen bu düzenlemenin<sup>120</sup> metni şu şekildedir:

*“Bir mirasçı, miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde tapu sicil müdürü, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Tebligat masrafları ilgisince karşılanır.*

*Elbirliği mülkiyetinin devamına yönelik bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan herhangi biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu taşınmaz mal üzerindeki elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülerek, hissedarlık esaslarına göre mirasçılar adına tapu kütüğüne tescil edilir.”*

Bu düzenleme uyarınca sulh hukuk mahkemesinden değil tapu müdüründen talepte bulunulabilmekte ve şartların gerçekleşmesi hâlinde bir yargı kararına gerek olmadan<sup>121</sup> bir idari işlem yoluyla talep konusu taşınmaz üzerindeki elbirliği hak

<sup>116</sup> DURAL / ÖZ, N. 1932; ÇABRİ, N. 259.

<sup>117</sup> Mirasın paylaşılması açısından aynı ayrımı yapan TUOR / PICENONI, Art.639, N. 12.

<sup>118</sup> RG. 27.01.2009, S. 27123.

<sup>119</sup> Uygulamasına ilişkin detaylı bilgi açısından bkz. TKGM Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığının 03.03.2009 tarihli 2009/6 (1677) sayılı Genelgesi.

<sup>120</sup> Y. 6. HD, T: 01.03.2011, E. 2010/11558, K. 2011/2254 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>121</sup> Tapu memurunun faaliyetinin yargısal nitelikte olmadığı hususunda KÖROĞLU, s. 12, dn. 50.



sahipliğinin paylı hale dönüştürülmektedir<sup>122</sup>. İçeriğinde taşınmaz malvarlığı değeri bulunmayan terekenin kısmen dahi olsa paylı hak sahipliğine dönüştürülmesi için TMK m.644 uyarınca dava açmak gerekir iken sadece taşınmazlardan oluşan bir terekenin veya terekenin taşınmazlarına dair kısmi olarak paylı mülkiyete dönüştürülmesinin sadece idari bir işlem yoluyla gerçekleştirilmesi imkânının tanınması çelişkilidir<sup>123</sup>.

## SONUÇ

Paylı hak sahipliğine dönüştürme ile hak sahipliği artık, her bir ortağın malvarlığı üzerinde kural olarak mevcut pay oranı da korunarak, paylı olarak sürdürülecektir. Bu tanımla elbirliği hak sahipliğini ortadan kalkması için hakkın üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesini arayan -kanun koyucunun mülkiyet hakkı üzerinden yaklaşımıyla ifade ettiği- “malın devri” sona erme sebebinden ayrılan paylı hak sahipliğine dönüştürme, topluluğun dağılmasından da ayrı bir sona erme sebebidir.

Mirasçılarının tamamının taraf olacağı bir sözleşme ile terekenin tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesinin kararlaştırılması mümkündür. Bu sözleşme, üzerindeki birlikte hak sahipliği dönüştürülecek malvarlığı değerleri arasında taşınmazlar olsa dahi kural olarak herhangi bir kanuni geçerlilik şekline tabi değildir.

Paylı hak sahipliğine dönüştürme sözleşmesiyle tereke mallarının tamamında veya bir kısmında mirasçılarının tamamının veya bazılarının paylı hak sahipliğinin öngörülmesi mümkündür. Sözleşme özgürlüğü bağlamında ortaya çıkabilecek en önemli kurgular terekenin tamamının bütün mirasçılarının paydaş olacağı şekilde paylı hak sahipliğine dönüştürme, objektif kısmi dönüştürme, subjektif kısmi dönüştürme, hem objektif hem de subjektif kısmi dönüştürmedir.

Mevcut hak ve borçların varlığını başka bir birlikte hak sahipliği türü temelinde sürdürülmesini sağladığı için mirasın paylaşılmasından ayrı bir niteliği haiz olan TMK m.644'teki davanın kanun koyucu tarafından öngörülmüş şartları;

<sup>122</sup> TMK m.644 açısından önerdiği gibi bu düzenleme uyarınca paylı hak sahipliğine dönüştürme talebini engelleyici itirazda bulunma hakkının mirasbırakanın alacaklılarına da tanınması gerektiği yönünde İMRE / ERMAN s. 470.

<sup>123</sup> Bu düzenlemenin 5831 sayılı kanununun 218 sayılı tasarı metninde yer almamakta olup TBMM görüşmelerinde bir önerge ile eklendiğini belirtmekte yarar vardır. Bu tutarsızlık, uygulamada mahkemelerin miras ortaklığı kapsamındaki taşınmazlar üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesi talepleri bakımından Kadastro Kanunu ek m.3 uyarınca tapu sicil müdürlerinin görevlendirildiğini ileri sürerek TMK m.644 uyarınca açılan davaları reddetmelerine neden olmaktadır. Bu yönde bir ilk derece mahkeme kararını bozan yüksek mahkeme kararı için bkz. Y. 14. HD, T: 28.04.2021, E. 2018/4363, K. 2021/3137; Y. 14. HD, T: 22.3.2021, E. 2017/5917, K. 2021/1963 (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

mirasçuların tasarrufu altında bir terekenin bulunması, mirasçulardan birinin elbirliği ortaklığının bir kısmının veya tamamının paylı hak sahipliğine çevrilmesini talep etmesi, sulh hakiminin diğer mirasçulara çağrıda bulunarak belirleyeceği bir süre içerisinde itirazlarını bildirmeye davet etmesi ve hâkimin belirlediği süre içinde diğer mirasçulardan herhangi birinin ne elbirliği ortaklığının sürmesine yönelik haklı bir itirazda bulunmuş ne de paylaşım davası açmış olmasıdır.

Elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine dönüştürülmesini talep hakkı sadece mirasçuya ait olmasına ve mirasbırakanın veya mirasçuların alacaklılarının ancak gerek TMK m.648 gerek İİK m.94 ile İİK m.121 uyarınca sağladıkları paylaşmadan sonra elde edilecek tasfiye bakiyesinden mirasçulara payları oranında kalacak malvarlığı değerlerini sattırıp paraya çevirebilecek olmalarına rağmen Yargıtay'ın mirasçının alacaklısının icra mahkemesinden alacağı yetki belgesiyle dava takip yetkisi kazanabilmesine dair müstakar uygulamasının isabetine şüphelye yaklaşmak gerekir.

Her bir mirasçuya yollanacak davetiyede duruşma günü bildirilecek olup *“elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya belirlenen süre içinde paylaşma davası açılmadığı takdirde istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verileceğine”* dair ihtarın bulunması gerekir.

TMK m.644 uyarınca açılan davanın kabul edilebilmesi için hâkimin belirlediği süre içerisinde diğer mirasçulardan herhangi birinin talebe konu malvarlığı değerleri üzerindeki elbirliği hak sahipliğinin sürdürülmesine yönelik haklı bir itirazda bulunmamış veya paylaşma davası açmamış olması gerekmektedir. Hâkimin belirlediği süreden sonra ileri sürülen itirazların hâkim tarafından dikkate alınmaması gerekmekte olup kanuni düzenlemede her ne kadar paylı mülkiyete çevrime talebinin kabulü için hâkimin belirlediği süre içerisinde paylaşım davası açılmaması aranmakta ise de TMK m.644'e dayalı açılan davada verilen kararın kesinleşmesinden önce olmak kaydıyla hâkim belirlediği süreden sonra açılan paylaşım davası da paylı mülkiyete geçiş kararına engel teşkil edecektir.

Davanın kabulü durumunda hükümde paylı hak sahipliğine çevrilen her bir malvarlığı değeri açıkça gösterilmelidir. Kararın infazda tereddüt oluşturmaya- cık şekilde verilmesi gerekmekte olup hâkim hükmünde sadece mirasçılık belgesine atıfta bulunmaktan kaçınmalıdır. Elbirliği hak sahipliğinin paylı hak sahipliğine çevrilmesi davalarına dair kurulacak hükümde eski miras ortaklığının üyelerine tekabül eden tüm paydaşların hisselerinin mirasçılık belgesine uygun şekilde ayrı ayrı gösterilmesi, paydaşlara verilen payların toplamı ile paydanın birbirine eşiş olması gerekir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

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

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

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

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

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

## KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIğI, **Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi**, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971.

ADALET BAKANLIğI, **Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi**, Ankara 1984.

AKKANAT, Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

AMMAN, Dario, **Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege feranda)**, Dike Verlag, Zürich, 2020.

ANTALYA, Gökhan / SAğLAM, İpek, **Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt: III**, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

ARAL, **Fahrettin, Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.

ATLI, Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin, Ankara, 2018.

AVCI, Mehmet Özgür, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet, Ankara, 2023.

BERTAN, Suad, **Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764'üncü Maddelerinin şerhi, Cilt 1, M. K. 618-702**, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara, 1976.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, **Mirasın Resmi Tasfiyesi**, Seçkin, Ankara, 2018.

ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku şerhi, Cilt: III**, On İki Levha, İstanbul, 2020.

DOMAJ, Tanja / SCHMIDT, P. Céline, **Kurzkommentar, ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

- ERDAL, Berrin, **Elbirligi Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Dönüştürülmesi (TMK m.644)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2023.
- ERDOĞAN, Celal, **Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şüyu) Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, s. 1063-1085.
- ESCHER, Arnold, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweiter Halbband: Der Erbgang (Art.537-640)**, Dritte Auflage, Schulthess & Co AG, Zürich, 1960.
- FIRINCI, Semra, **Miras Paylaşma Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Kat Mülkiyeti I**, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- GÖNEN, Doruk, **Mirasın Paylaşılması**, On İki Levha, İstanbul, 2023.
- GROSSEN, Jacques-Michel, “Propriété commune et registre foncier”, **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, C. 40, 1959, s. 1 vd.
- GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret / CANSER, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.
- HAAB, Robert / SIMONIUS August / SCHERRER Werner / ZOBL Dieter, **Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB**, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977.
- HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.
- IŞIK Serpil, “Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncı Maddesinin Değerlendirilmesi”, **AndHD**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2023, s. 385-416.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar- Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi**, Gözden Geçirilmiş 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan, **İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamadaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2024.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Miras Hukuku**, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KÖROĞLU, Anıl, **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisi Işığında Bir İnceleme)**, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- KUNZ, Romano, **Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Versuch einer dogmatischen Konstruktion**, Verlag Stämpfli&Cie, Bern, 1963.
- KUONEN, Nicolas, **Commentaire romand, Code civil II**, 1re édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2016.
- KURŞAT, Zekeriya, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008.
- KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016.
- KÜNZLE, Hans Reiner, “Der Willensvollstrecker in der Erbteilung” **Zeitschrift für Erbrecht**, 2013, Heft: 4, s. 309-322.
- LENZ, Martin, **Die Form von Eigentumsübertragungen und Immobilienvermögen bei Personengesellschaften**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001.
- LIECHTI, Fabrizio Abdrea, **Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Sorgfaltspflichten**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017.
- MEIER-HAYOZ, Arthur, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen; Artikel 641-654**, Fünfte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1981.
- MINNIG, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II**, 7. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2023.
- NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, On İki Levha, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- OZANEMRE YAYLA Hatice Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi**, Yetkin, Ankara, 2019.
- REBER, Markus / HURNI Christoph, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900**, Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.

- SARI FİDAN, Özlem, **Miras Ortaklığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey, **Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar**, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- SIEGWART, Alfred, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Personengesellschaften (Art.530-619)**, Schulthess & Co., Zürich, 1938.
- SIMONIUS, Pascal / SUTTER, Thomas, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum**, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996.
- SİRMEN, Lâle, **Eşya Hukuku**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2024.
- SPAHR, Stéphane, **Commentaire romand Code Civil II**, 1re édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2016.
- STEINAUER, Paul-Henri, **Le droit des successions**, 2e édition, Stämpfli Editions, Berne, 2015.
- STEINAUER, Paul-Henri, **Les droits réels, Tome premier**, Troisième édition, Staempfli Editions SA Berne, 1997.
- TEKELİOĞLU, Numan, **Miras Paylaşma Sözleşmesi**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- TUOR, Peter / PICENONI, Vito, **Das Erbrecht, 2. Abteilung Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB**, Zweite Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1964.
- TURAN BAŞARA, Gamze, “Mirasçılardan Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Miras Birakanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 71, S. 3, s. 1099-1123.
- WICHTERMANN Jürg, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, 7. Auflage, Herausgeber: Thomas Geiser / Stephan Wolf, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2023.
- WOLF, Stephan **Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004.
- WOLF, Stephan, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Erbteilung der Erbschaft, Art.602-619 ZGB**, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014.
- YILDIRIR, Efe Can, **Adi Ortaklık Sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri**, On İki Levha, İstanbul 2023.
- YILMAZ, Süleyman, **Medeni Hukuk, Cilt-IV, Miras Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, 2024.
- ZOBL, Dieter, **Änderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973.