# İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 82 Sayı Number 4 Yıl Year 2024 E-ISSN 2667–6974

# ISTANBUL LAW REVIEW

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

**Dizinler / Indexing and Abstracting**
Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)
TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin
EBSCO Central & Eastern European Academic Source
EBSCO Legal Source
DOAJ
ERIH PLUS
SOBİAD

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

**Sahibi / Owner**
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
*Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkiye*
**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**
Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
*Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkiye*
**Yazışma Adresi / Correspondence Address**
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home
https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm
**Yayıncı / Publisher**
İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00
**Baskı / Printed by**
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
**Tel:** +90 (212) 269 30 00
**Sertifika No:** 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
*Authors bear responsibility for the content of their published articles.*
Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
*The publication languages of the journal are Turkish and English.*
Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June, September and December*

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

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

**DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD**

**Baş Editörler / Editors-in-Chief**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - *fgedikli@istanbul.edu.tr*

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *alipasli@istanbul.edu.tr*

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

Dr. Öğr. Üyesi. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *eba@istanbul.edu.tr*

**Editoryal Asistanlar / Editorial Assistants**

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *aozsoy96@istanbul.edu.tr*

Arş. Gör. Zeynep TANYERI, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - *zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr*

Arş. Gör. Yağmur ALTAY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - *y.altay@istanbul.edu.tr*

Arş. Gör. Kardelen YİĞİTBAŞI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr*

**Dil Editörleri / Language Editors**

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye - *elizabeth.earl@istanbul.edu.tr*

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

**YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD**

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *buz@bilkent.edu.tr*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *nurayeksi@gmail.com*

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültlesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *o.ekmekci@istanbul.edu.tr*

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *ikirca@etu.edu.tr*

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ankara, Türkiye - *oezgenc@gazi.edu.tr*

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *hpekcanitez@gsu.edu.tr*

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *fusan@ybu.edu.tr*

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private Law, London, United Kingdom - *c.gerner@ucl.ac.uk*

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law, Zagreb, Croatia - *ivana.bajakic@pravo.hr*

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

**İçindekiler** Table of Contents

**MAKALELER** ARTICLES

**ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW**

*Araştırma makalesi/Research article*

**Türk Hukukunda Banka Yöneticilerinin ve Denetçilerin Şahsi İflas Sorumluluğu Düzenlemesi Çerçevesinde Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu**
**The Problem of the Applicability of the Principle of the Differentiated Succession Responsibility Within the Framework of The Personal Bankruptcy Responsibility of Managers and Audits at the Turkish Law ..... 1011**
**Dilek Cengiz**

**Konut Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler İle Kiraya Verenin Uyarlama Talebinin Değerlendirilmesi**
**Legal Provisions Regarding The Determination of The Rental Price in Residential Rents and The Evaluation of The Renter's Claim for Adaptation ..... 1059**
**Duygu Koçak Diker**

**Güncel Gelişmeler Işığında Ortalama Tüketici Ölçütünün Yeniden Yorumlanması**
**Reinterpretation of the Average Consumer Benchmark considering Recent Developments ..... 1101**
**Gül Büyükkılıç**

**Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO'nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler**
**The Concept of Autonomy, Operatıon of Autonomous Vessels and the IMO's Degrees of Autonomy ..... 1135**
**Selim Ciğer**

**KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW**

**An Inquiry on the Legal Status and Protection of Climate Refugees from an International Law Perspective**
**Uluslararası Hukuk Bakış Açısından İklim Mültecilerinin Hukuki Konumu ve Korunmasına İlişkin Bir İnceleme ..... 1185**
**Alican Candoğan, Mehmet Botan Kayhan**

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

**Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Tercümesi ve Bu Karar Üzerinden İnsan Hakları ve Terörizm İlişkisinin Analizi**
Translation of the German Federal Constitutional Court's Plane Hijack Verdict and Analysis of the Relationship Between Human Rights and Terrorism Based on This Verdict ..... 1231
**Berk Cem Tatar**

**Evrelerden Dönülmezlik İlkesi**
The Principle of the Irrevocability of Phases ..... 1271
**Ercan Yaşar**

**When Angels Misbehaved: Justiciability of the United Nations for the Cholera Outbreak in Haiti**
Melekler Hata Yapınca: Birleşmiş Milletler'in Haiti'deki Kolera Salgını Sebebiyle Yargılanabilirliği ..... 1289
**Muhammet Celal Kul**

**İdari Yargıda Emsal Karar-Müstakar Karar ve İçtihat Kavramları Hakkında Bazı Mülahazalar**
Some Consideratıons on The Concepts of Precedent, Constant Jurisprudence and Jurisprudence in Administrative Jurisdiction ..... 1317
**Necip Taha Gür**

**A Procedural Oddity in the Investigation Stage in Turkish and German Practise: Preliminary Interview with the Suspect**
Türk ve Alman Uygulamasında Soruşturma Aşamasında Bir Usul Garabeti: Şüpheliyle Yapılan Ön Görüşme ..... 1343
**Recep Kahraman**

**Limited Şirket Kanuni Temsilci ve Ortakları Hakkında İhtiyati Haciz Uygulanması Konusunda Oluşan İçtihat Aykırılığının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Karar Eleştirisi**
Evaluation of the Contradiction In the Case Law Regarding the Application of the Precautinart Attachment to the Legal Representatives And Shareholders of Limited Liability Companies In The Context of The Principle of Legal Security: Criticism of The Decision of The Council of State Unification of Jurisprudence ..... 1379
**Sinan Avcı**

**Normlar Hiyerarşisi Teorisi Doğrultusunda Hukukun Ahlaka Uygun Olma Gerekliliğinin Hukuki Pozitivizm Açısından Değerlendirilmesi**
Evaluation of The Requirement of Law's Conformity to Morality From The Perspective of Legal Positivism In Line With The Theory of Normative Hierarchy ..... 1409
**Yahya Berkol Gülgeç**

**İstanbul Hukuk Mecmuası**
Cilt 82, Sayı 4, 2024
E-ISSN: 2667–6974

## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

*İstanbul Hukuk Mecmuası*'nın 2024 yılının son sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Bu sayımızda, yılın son sayısı olması dolayısıyla daha geniş bir içeriğe yer vererek, toplam 12 makale ile hukuk dünyasındaki güncel tartışmalara katkı sağlamayı amaçladık. 21. yüzyılın ilk çeyreğini bitirdiğimiz bu dönemde de en köklü hukuk yayını ve onu çıkaran Fakülte olarak yenilikler noktasında da öncü rolümüzün bilinci ile hareket etmekteyiz.

Bu sayımızda, **iklim mültecilerinin uluslararası hukuktaki statüsü** ve korunma mekanizmalarını ele alan bir inceleme ile başlayan makaleler, güncel ve dikkat çekici konulara odaklanmaktadır. *Birleşmiş Milletlerin Haiti'deki kolera salgını bağlamındaki sorumluluğu*, uluslararası hukukun sınırlarını sorgulayan bir çözümleme sunmaktadır. Hukuk kuramı açısından, **hukukun ahlâka uygunluk gerekliliği**, normlar hiyerarşisi kuramı doğrultusunda **hukuki pozitivizm** perspektifinden tartışılmıştır. Ayrıca, *Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararının çevirisi* üzerinden **insan hakları ve terörizm ilişkisi** değerlendirilmektedir. Bunun yanında, **evrelerden dönülmezlik ilkesi** hukuk sistemimizdeki yansımaları ile ele alınmış, idari yargı açısından ise **emsal karar, müstakar karar ve içtihat kavramları** üzerine önemli mülahazalar yapılmıştır. **Limited şirket kanuni temsilcileri ve ortakları hakkında ihtiyati haciz uygulamaları** konusunda içtihat aykırılıkları, hukuki güvenlik ilkesi bağlamında incelenmiştir Diğer bir çalışmada, **soruşturma aşamasındaki ön mülakat uygulamaları**, usule ilişkin bir sorun olarak dikkat çekici bir şekilde ele alınmıştır.

Bu sayımızda, **banka yöneticilerinin ve denetçilerin şahsi iflas sorumluluğu** çerçevesinde farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesinin uygulanabilirliğinin çözümlendiği bir çalışma yer almaktadır. Ayrıca **konut kiralarında kira bedelinin belirlenmesi** ve kiraya verenin uyarlama talebi konusunda güncel düzenlemeler ele alınmış, **ortalama tüketici ölçütü** de güncel gelişmeler ışığında yeniden yorumlanmış ve teknolojik gelişmelerin yansıması olarak, **özerk gemi kavramı ve IMO'nun sınıflandırmaları** ile bu gemilere uygulanacak hukuki düzenlemeleri incelenmiştir.

Bu sayımızda yer alan on iki makale, hukuk dünyasında önemli tartışmalar başlatma ve çözüm önerileri sunma potansiyeline sahiptir. *İstanbul Hukuk Mecmuası* olarak, siz değerli okuyucularımızın katkı ve destekleriyle hukuk camiasına nitelikli içerikler sunma hedefimizi sürdürüyoruz.

Başta yazarlarımız ve hakemlerimiz olmak üzere emeği geçen herkese teşekkür ederiz. Bu vesile ile tüm hukuk âlemi ile ilgililerimizin 2025 yılını kutlar, bu sayıdaki makalelerimizin de faydalı olmasını temenni ederiz.

Saygılarımızla,

**İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri**

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

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1011-1058

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0004
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 11.03.2024
**Kabul:** 08.09.2024

**ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE**

# Türk Hukukunda Banka Yöneticilerinin ve Denetçilerin Şahsi İflas Sorumluluğu Düzenlemesi Çerçevesinde Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu

**Dilek Cengiz***

**Öz**

Bankalar, kaynaklarının kişisel menfaatler uğruna kötüye kullanılması bakımından daima ilgi odağı olmuşlardır. Çağımızdaki gelişmelerin sonucu olarak finansal piyasalar küreselleşmiştir. Bir banka nezdindeki kriz , ülke ekonomisini ; hatta Dünya'daki benzer ekonomik sorunlara sahip yakın ülkeleri de etkileyerek kapsamlı bir kriz yaratabilme potansiyeli kazanmıştır.Bu durum banka zararı kavramının önemini arttırımıştır. Böylece devletler banka krizlerinin önlenmesi için tedbirler almaya teşvik edilmiştir.

Türk hukukunda da, Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesinde; bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fon'a devredilmesine neden olduklarının tespiti halinde, Fon kurulu kararıyla ve Fon'un talebi üzerine mahkeme tarafından doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebileceğine hükmedilmiştir.Banka zararından doğan sorumluluğa ilişkin şahsi iflas gibi oldukça ağır bir sonuca hükmeden bu düzenlemenin kapsamının, açık ve net olarak tespiti gereklidir. Bu tespit uygulamanın istikrarı bakımından önemlidir. Bu makalenin konusu da Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesi çerçevesinde bu tespiti güçleştiren temel bir hukuki sonun olan; banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi durumunda, genel hüküm niteliğindeki farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu düzenlemesinin uygulanabilirliğinin değerlendirilmesidir.

**Anahtar Kelimeler**

Türk Banka Hukuku, 2.5411 Sayılı Bankacılık Kanunu M110, Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu, Banka Yöneticilerinin ve Denetçilerin Şahsi İflas Sorumluluğu, Banka Zararı

## The Problem of the Applicability of the Principle of the Differentiated Succession Responsibility Within the Framework of The Personal Bankruptcy Responsibility of Managers and Audits at the Turkish Law

**Abstract**

The banks have been a focus of interest regarding the misuse of their sources for the sake of personal benefits. The financial markets have been globalised in our era A crisis at or by a bank has gained the potential of creating comprehensive crisis by affecting the domestic economy and those of countries occurring within the close proximity and having similar economic problems. This circumstance raised the importance of the conception of the bank's loss. Thus, the countries pertaining there to were encouraged to take relevantmeasures for preventing banking crises.

It has been adjudged at the Turkish Law that in case it is determined that the managers and auditors have caused the revocation of the operating permission or transfer of the bank into the Fund through their decisions and procedures contrary to the applicable law as far as the arrangement of Article 110 of the Banking Law, then it may be possible to decide upon their direct personal bankruptcy by the competent court through the decision of the Board of the Fund and upon request of the Fund. It is necessary to determine the scope of this arrangement on a clear and net basis imposing a substantial conclusion such as a personalbankruptcy pertaining to the responsibility arising from the Bank's loss. The

* **Sorumlu Yazar:** Dilek Cengiz (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dilekcengiz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9809-6087

**Atıf:** Cengiz D, "Türk Hukukunda Banka Yöneticilerinin ve Denetçilerin Şahsi İflas Sorumluluğu Düzenlemesi Çerçevesinde Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1011. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0004

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

subject of this article is the applicability of differantiated responsibilty of succestion in the nature of general provision that is a basic legal problem making this determination diffucult in the regulation of Art 110 of Banking Law.

**Keywords**
Turkish Banking Law, Article 110 of the Banking Law no. 5411, Differentiated Succession Responsibility, Personal Bankruptcy Responsibility of the Bank's Managers and Auditors, Bank's Loss

## ***Extended Summary***

The banks have always been a focus of interest regarding the misuse of their sources for the sake of personal benefits. The main actors of the said misuse, however, are the auditors, who do not fulfil the auditing activity or duty as it should be and as a consequence, impair the affectivity of the audit, and the managers, who try to satisfy their personal benefits and ambitions by way of the use of the sources of the banks via intentional or careless behaviours through the acts and procedures contrary to the applicable laws. Thus, when the mismanagement and lack of audit come together, it will then be inevitable for the banks pertaining thereto to incur substantial scales of losses

On the other hand, the financial markets have been globalised due to the developments in the communication technology our era. In this case, the scope of the losses of banks arisingfrom the activities being designed for the satisfaction of the personal benefits or interests of the bank managers and audits is extended. According to this, a crisis commencing with a bank may spread over other banks in a country through a triggering effect of the social panic environment and throw them into a crisis and through a kind of domino effect and cause the said banks to collapse. Thus, a crisis commenced with a bank can cause a systemic banking crisis nationwide (Article 72 of the Banking Law). Consequently, it becomes possible for crisis of this kind to put the country into a general economic crisis. Even further, a crisis of this kind commencing with a bank is able to create a regional crisis exceeding the boundaries of countries geographically by affecting the countries, taken place within the close proximity of it, having experienced similar economic problems in the world. The concrete examples of this circumstance have been experienced in the banking crises, commenced in Mexico in the year of 1994 and spread over Argentina and Brazil consequently and then, turned into a Latin America financial crisis and subsequently, commenced in Thailand in 1997 and spread over Indonesia, Malaysia and South Korea and finally, turned into the financial crisis of the South-Eastern Asia. This circumstance, explained with ''the theory of the contagion effect of the banking crises'' put forth the dimension and importance of the bank's loss.

In the face of this circumstance, the Governments have been required to necessary measures for preventing banks' losses or crises. There have been various legal

arrangements, expected heavy responsibility in deterrent nature bearing the objective of preventing the activities making the bank incur loss.

It was adjudged by the lawmaker at the Turkish law having referred to Article 100 of the Banking Law that it might be possible to remove or invalidate the operating permit of a bank as a result of the decisions and procedures of the managers and auditors of a bank contrary to the applicable law or in case of the determination of the fact that they caused the related bank to be transferred into the Fund, then, it would be possible for the competent court to decide upon their personal bankruptcy directly upon decision of the board of the Fund and following the request of the same.

It is necessary to determine on a clear and net basis the scope of this arrangement that adjudges upon a substantially serious responsibility such as personal bankruptcy with relation to the responsibilities of the managers and auditors of a bank as a result of their act(s) having caused their bank to incur loss at a degree that may bring the bank into crisis. This determination appears to be important for the stability of the application.

However, the arrangement of Article 110 contains an important gap that makes this determination difficult. Namely:

There is not any direct or indirect explanation at all, taken place in the expression and reasoning of the arrangement of the Banking Law, with relation to the nature of the responsibility in the event that the bank's loss is jointly caused by more than one person. This uncertainty renders the determination of the scope of this arrangement difficult bearing the topic of ''Personal Responsibility''. For this, it is necessary to make a comment, based on the realities of banking and sound legal bases, and present a solution proposal.

In the face of this necessity, various evaluations have been made at the doctrine and Turkish Banking Law and different solution proposals have come forth.

Within the scope of these evaluations, in case the creation of the bank's loss by more than one person on a joint basis within the framework of the arrangement of Article 110, of the principle of the differentiated responsibility, accepted in the arrangement of Article 759 of the Swiss Law of Obligations through the reform in the Swiss Law on the Joint Stock Companies in 1991 and transmitted from this arrangement into the arrangement of Article 557 pertaining to the responsibilities of the members of the board of directors of the Joint Stock Companies of the Turkish Commercial Law no. 6102, the question of applicability of the said principle as a general provision through the instrumentality of Article 2/3 of the Banking Law. According to this, in comparison of the principle of the full succession responsibility with its results contrary to the equity that rules out opportunity for the debtors to

put forth the causes of personal reduction such as degree of negligence and so on, in an external relationship, is the principle of the differentiated full succession that allows to bring forth the aforementioned causes of personal reductions and therefore, thought to be in conformity with the equity in general, in conformance to the objective for the arrangement of Article 110 and also the willpower of the lawmaker? Even further, in the face of the conviction, indicated by us; and when the principle of the differentiated full succession responsibility is applied within the framework of the arrangement of Article 110 in case the bank's lost in question is caused by more than one person, will the results in conformance to the equity come forth from the point of view of the responsibilities of the managers and/or auditors and of also the provision of the balance of benefits or interests?

The subject of this article is related to the willpower of the lawmaker of the applicability of the principle of the differentiated succession responsibility, and objective of the arrangement in the event that the bank's loss within the framework of Article 110 and even beyond all these, the evaluation of whether it is in conformance to the establishment of a balance of benefits, required by the equity within the framework of the arrangement of Article 110.

In order to make this evaluation, the mentioned legal problem or question will be determined within the content of the article before all else, and the evaluations for the solution of this question at the doctrine of the Turkish banking law and different proposals for solutions thereunder. Subsequently,

In this context, our own evaluation and the proposal for solution that we have concluded as necessary to be available hereunder within this direction will be explained within the light of all these evaluations and proposals for solutions.

## Giriş

Bankalar, kaynaklarının kişisel menfaatler uğruna kötüye kullanılması bakımından daima ilgi odağı olmuşlardır. Bu kötüye kullanmanın başlıca aktörleri ise banka kaynaklarını kanunlara aykırı işlem veya eylemler ile kasten veya özensiz davranmak suretiyle; kişisel menfaatlerinin tatmini için sarf eden yöneticiler ile; denetim faaliyetini olması gerektiği şekilde yerine getirmeyerek, denetim etkinliğini zayıflatan denetçilerdir. Bu bağlamda kötü yönetim ile denitim yetersizliği birleşince bankaların büyük boyutlu zarara zarara uğramaları kaçınılmaz hale gelmektedir.

Diğer taraftan çağımızda iletişim teknolojisindeki gelişmelerin sonucu olarak finansal piyasalar küreselleşmiştir. Bu durumda banka yöneticilerinin ve denetçilerinin kişisel menfaatlerinin tatminine yönelik faaliyetlerinden doğan banka zararlarının kapsamı ; küreselleşmeye bağlı olarak, genişlemektedir. Buna göre, bir banka nezdinde başlayan bir kriz , sosyal panik ortamının tetiklemesiyle ülkedeki diğer bankalara sıçrayarak, bir domino taşı etkisiyle bu bankaları da krize sokarak devirebilmektedir. Böylece bir banka nezdinde başlayan kriz, ülke genelinde sistemik bir bankacılık krizine sebep olabilmektedir(Bank K m 72).Bu kriz de ülkeyi genel bir ekonomik krize de sokabilmektedir. Hatta bir banka nezdinde başlayan böyle bir kriz başladığı ülkenin sınırlarını aşarak Dünya'daki benzer ekonomik sorunlara sahip yakın ülkeleri de etkileyerek coğrafi olarak ülke sınırlarını aşan bölgesel bir kriz yaratabilmektedir.Bu durumun somut örnekleri 1994'te Meksika'da başlayan, Arjantin ve Brezilya'ya sıçrayarak bir Latin Amerika finansal krizine dönüşen ve daha sonra 1997'de Tayland'da başlayarak Endonezya,Malezya ve Güney Koreye sıçrayarak bir Güneydoğu Asya finansal krizine dönüşen bankacılık krizlerinde yaşanmıştır.

*'Banka krizlerinin bulaşma etkisi teorisi'* ile açıklanan bu durum banka zararının ağırlığını ve önemini ortaya koymaktadır.

Ülke halkları için önemli mağduriyetlere sebep olan bu durum karşısında, Devletler de banka zararlarının veya banka krizlerinin önlenmesi için tedbirler almak gereğini duymuşlardır. Bunun yöneticilerin ve denetçilerin bankayı zarara sokan faaliyetlerini önlemek amaçlı caydırıcı nitelikte ağır sorumluluk öngören hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Türk hukukunda da Bankacılık Kanunu (Bank K)[1] m 110 düzenlemesinde,bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fon'a devredilmesine neden olduklarının tespiti halinde, Fon kurulu kararıyla ve Fon'un talebi üzerine mahkeme tarafından doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebileceğine hükmedilmiştir.

[1] RG;01.11.2005, S25983(Mükerrer). Bundan sonra 10.10.2005 tarihli ve5411 Sayılı Bankacılık Kanunu adını taşıyan bu Kanun Bank K olarak kısaltılmak suretiyle yazılacaktır.

Banka yöneticilerinin ve denetçilerin bankayı krize sürükleyecek ölçüde, bankayı zarara uratmış olmalarından doğan sorumluluklarına ilişkin şahsi iflas gibi oldukça ağır bir sorumluluğa hükmeden bu düzenlemenin kapsamının, içerdiği sorumluluğun niteliği bakımından açık ve net olarak tespiti gereklidir.Bu tespit uygulamanın istikrarı için önemlidir.

Ancak m110 düzenlemesi bu tespiti güçleştiren önemli bir boşluk içermektedir. Şöyle ki:

Bank K düzenlemesinin ifadesinde ve gerekçesinde, banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmiş olması durumunda sorumluluğun niteliğine ilişkin doğrudan veya dolaylı hiçbir açıklama yer almamaktadır. Bu belirsizlik de*'Şahsi Sorumluluk'* başlığını taşıyan bu düzenlemenin kapsamının tespitini güçleştirmektedir. Bunun için sağlam hukuki temellere ve bankacılığın, dolayısıyla banka hukukunun gerçeklerine dayanan bir yorum yapılarak çözüm önerisi sunulması gereklidir.

Bu gereklilik karşısında Türk banka hukukunda öğretide çeşitli değerlendirmeler yapılmış ve çözüm önerileri ortaya çıkmıştır.

Bu değerlendirmelerin merkezinde, 1991'de İsviçre AO'lar hukukundaki reform ile, ,İsviçre Borçlar Kanunu m 759 düzenlemesinde kabul edilmiş olan ve bu düzenlemeden 6102 S TTK'nın AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin m 557 düzenlemesine aktarılmış olan farklaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesinin; m110 düzenlemesi çerçevesinde; banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi durumunda;Bank K m 2/3 atfıyla, genel hüküm olarak uygulanabilirliği sorunu yer almaktadır. Buna göre tam teselsül sorumluluğu ilkesinin, borçluların kusur derecesi gibi kişisel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürmelerine imkan vermeyen hakkaniyete aykırı sonuçlarına kıyasen; sözkonusu kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesine imkan veren; bu nedenle genel olarak hakkaniyete uygun olduğu düşünülen farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesi m110 düzenlemesinin amacına ve kanun koyucunun iradesine uygun mudur? Hatta, belirttiğimiz bu genel kanaat karşısında; farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesi, m110 düzenlemesi çerçevesinde, banka zararının birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş olması durumunda uygulandığında; yöneticilerin ve/veya denetçilerin sorumluluğu bakımından menfaatler dengesinin sağlanması bakımından hakkaniyete uygun sonuçlar ortaya çıkacak mıdır ?

Bu makalenin konusu da m110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş olması durumunda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmasının kanun koyucunun iradesine, düzenlemenin amacına; hatta bütün bunların ötesinde bir olması gereken olarak m110 düzenlemesi çerçevesinde

hakkaniyetin gerektirdiği menfaatler dengesinin kurulmasına uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkindir.

Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için, makale içeriğinde öncelikle sözkonusu hukuki sorun belirlenecek ve Türk banka hukuku öğretisinde bu sorunun çözümüne yönelik değerlendirmeler ve farklı çözüm önerileri açıklanacaktır. Daha sonra bütün bu değerlendirmelerin ve çözüm önerilerinin ışığında kendi değerlendirmemiz a ve bu doğrultuda olması gerektiği sonucuna vardığımız çözüm önerisi açıklanacaktır.

Makalenin amacı ise farklılaştırılaştırılmış teselsül sorumluluğunun tam teselsül sorumluluğuna kıyasen; hakkaniyete uygun sonuçlar vereceğine ilişkin genel kanaat karşısında, birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilen bir zararın olduğu her durumda otomatik olarak uygulanmasının hakkaniyete uygun olup olmayacağının m110 düzenlemesi özelinde değerlendirilmesidir. Böylece m110 düzenlemesi çerçevesindeki sözkonusu hukuki sorun bakımından uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların çözümüne bir ölçüde katkıda bulunulmasıdır.

Çalışmanın sistematiği, giriş ve sonuç haricinde üç ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlıkta, konu kapsamındaki temel kavram olan farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk kavramı ve ilgili hukuki düzenlemeler, konunun amaç ve kapsamının gerektirdiği ölçüde açıklanacaktır. İkinci başlıkta Bank K m 110 düzenlemesindeki banka yöneticilerinin ve denetçilerinin şahsi sorumluluğu düzenlemesi gene konunun amaç ve kapsamının gerektirdiği ölçüde açıklanacaktır. Üçüncü başlıkta ise, konunun içerdiği hukuki sorunun çözümüne yönelik olarak Türk banka hukuku öğretisinde bugüne kadar açıklanmış olan farklı görüşlere, değerlendirmelere ve bu deerlendirmelerin ışığında kendi değerlendirmemize ve buna bağlı olarak olması gerektiğini düşündüğümüz çözüm önerisine yer verilecektir.

Makalenin konusunu oluşturan hukuki sorun, Bank K m 110 düzenlemesine göre banka zararından doğan sorumluluk sadece banka yöneticilerini ve denetçilerini değil; belirli şartlara bağlı olarak hakim ortakları da kapsamasına rağmen; sadece yöneticilerin ve denetçilerin sorumluluğu ile sınırlandırılarak değerlendirilmiştir.

## I.Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu

### A. Farklılaştırılmış Teselsül SorumluluğununAnlamı ve Hukuki Sonuçları

#### 1.Farklılaştırılmış Teselsülün Tanımı ve Amacı

Genel olarak müteselsil sorumluluk ,birden fazla kişinin aynı zarara birlikte sebep olmaları durumunda bu zararın tazmininden birlikte sorumlu olmalarını

gerektiren bir sorumluluktur.[2]. Müteselsil sorumluluk kanundan[3] veya sözleşmeden[4] doğabilmektedir. [5]

Müteselsil Sorumluluğun koşulları veya hukuki sonuçları bakımından farklılık arz eden birkaç türü bulunmaktadır. Müteselsil Sorumluluk gelişim sürecinde önce *'Tam teselsül sorumluluğu'* ve '*Eksik teselsül sorumluluğu'6* olmak üzere iki ana türe ayrılırken[7] daha sonra bunlara bazı durumlarda mevcut türlerin hakkaniyete aykırı sonuçlarına yönelik eleştirilerin etkisiyle *'Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu'* adı verilen tür eklenmiştir.

Tam teselsül sorumluluğunda sorumlulardan her biri aynı hukuki nedenle[8], kusur derecelerine bakılmaksızın, alacaklıya karşı zararın tamamından sorumlu olurlar.[9] Alacaklı tazminat talebinin bir kısmını veya tamamını sorumlulardan istediği birine yöneltmek imkanına sahiptir[10].Bu anlamda tam teselsül müteselsil sorumluluğun, en ağır veya en sert türünü oluşturmaktadır. Tam teselsül sorumluluğunda talebin yöneltildiği sorumlunun tazminatın kendisi için azaltılmasını gerektiren sebeplerden

---

2 Selahattin Sulhi Tekinay,Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop,Tekinay Borçlar Hukuku ( 6.Bası,Filiz 1988) 934; Fikret Eren; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,10 Bası,Yetkin 2008)775.

3 TTK m 557'deki 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu' ve TTK m7'deki Ticari İşlerde Teselsül Karinesi düzenlemeleri Kanundan doğan müteselsil sorumluluğun örneklerindendir.

4 Sözleşmeden doğan müteselsil sorumluluk sözleşme yapılırken,borca katılmaktan veya tek taraflı bir hukuki işlemden doğabilecektir.Kemal Oğuzman,M Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (7. Bası,Vedat,2009) 843-844.

5 Turgut Akıntürk.; Müteselsil Sorumluluk, (1.Bası AÜHF1971) 95-96.

6 Eksik teselsülde ise,zararın oluşumuna sebep olan birden fazla kişi farklı hukuki nedenlerle sorumlu olmaktadırlar. Tam teselsülde olduğu gibi eksik teselsülde de alacaklı sorumluların tamamından veya birkaçından borcun tamamının veya bir kısmının ifasını talep edebilmektedir.Bu bakımdan eksik teselsül arasında temel bir fark bulunmamaktadır. TBK 'nda tam teselsül eksik teselsül ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Eksik teselsül ve ve tam teselsül arasındaki başlıca farklılıklara ilişkin açıklamalar için bkz Mehmet Helvacı, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül' (Prof Dr Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu 26 Ekim 2013), GÜHFD, (2013). (10(2) 83-84.

7 Öğretide ETBKm50 düzenlemesinde yer alan tam teselsül olarak adlandırılan müteselsil sorumluluk türüne gerçek teselsül adı da verilmektedir.Caner A Şahin Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk,(XII Levha 2017)17.Buna karşılık ETBK m51 düzenlemesinde yer alan ve öğretide eksik teselsül adı verilen müteselsil sorumluluk türü de aynı zamanda gerçek olmayan teselsül olarak adlandırılmaktadır. Caner Şahin Ayşenur, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk,(XII Levha 2017)19;Eksik ve tam teselsül ayrımı öğretide sadece teorik kavramsal bir ayrım oluştirduğu, hiçbir pratik sonucunun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz Dalcı Özdoğan,Nurcihan: Müteselsil Sorumluluk, Özellikle TBK m61 ve m162 vd Hükümleri Bağlamında, (1.Bası, Seçkin 2015) 79, dp 229.

8 Aynı hukuki sebep kavramına ilişkin açıklamalar için bkz Tekinay,Akman,Burcuoğlu ve Altop (n3) 940-941;, Hanife Doğrusöz; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu (1.BasıVedat 2010)16.

9 Oğuzman/Öz(n5); s707; Haluk Tandoğan; Türk Mesuliyet Hukuku, (1. Bası AÜHF, 1961)370-371.

10 Eren(n3) 783.

birinin olduğunu alacaklıya karşı ileri sürebilmesi mümkün değildir. [11] Ancak bu durumda sorumluların iç ilişkide birbirlerine kusurları oranında rücu etmeleri mümkündür.[12] Bu durumda rücu hakkından istifade eden müteselsil sorumlulardan her biri ödediği fazla miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.[13]

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere tam teselsül sorumluluğu alacaklılar lehine; yani alacaklıları koruyan bir müteselsil sorumluluk türüdür.Tam teselsül ilkesi, sorumlulardan birinin tazminatın kendisi için azaltılmasını gerektiren sebeplerden birinin olduğunu dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürebilmesi imkanını sunmaması nedeniyle, en fazla kusurlu olan sorumluların tazminat ödemekten aciz durumda bulunmaları durumunda; bu riskin en az kusurlu sorumluya yüklemesinin hakkaniyete uygun olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir[14]

Böylece farklılaştırılmış teselsül ilkesi, tam teselsül ilkesinin hakkaniyete aykırı sonuçlarının hafifletilmesi ihtiyacı karşısında bir çözüm seceneği olarak sunulmuştur.[15]

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi iç ilişkide kural olarak kusurun derecesine ilişkin savunmanın dış ilişkide ileri sürülebilmesi imkanını sunmaktadır.[16] Böylece farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlular aynı oranda kusurlu olmadıklarını ileri sürmek suretiyle tam teselsül ilkesinin hakkaniyete aykırı sert sonuçları bertaraf edilerek, rücu davası açılmasına gerek olmaksızın,kendi kusurları oranında tazminat ödeme imkanına sahip olmaktadırlar. [17]

Bu anlamda farklılaştırılmış teselsül ilkesi *'Her üyenin kusurlu davranışları ile diğer sorumlularla birlikte verdikleri zararın oluşumundaki katkısı oranında sorumlu*

---

[11] Tekinay,Akman,Burcuoğlu ve Altop(n3) 835;
[B]u ilkenin uygulandığı örnek Yargıtay kararlarından Yarg 15. HD; 18.12.1974 t 2619/2449 S Kararında '…müteselsil sorumlulardan her birinin kusur oranı ne olursa olsun… zararın tamamından sorumlu olduklarını….' açıkça ifade etmiştir. Bu Karar için bkz ABD,1975 (2) 279. Buna paralel diğer bazı kararlar şunlardır: Yarg HGK 21.03.1979 E977/684, K 269.2103 1979, İKİD. (1979) 7016; Yarg 4. HD E1974/8361 K 1974/16061,21.11.1979, YKD 1979 (6)783
İsviçre Federal Mahkemesi de 11 Haziran 1976 tarihli kararında müteselsil sorumluların dış ilişkide kusurlarının derecesine ilişkin savunmalarının dikkate alınamayacağı ve herbirinin zararın tamamından sorumlu olacağına ilişkin sert yaklaşımını açıklamıştır.Sefer Oğuz,Farklılaştırılmış Teselsülün Özellikle Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunu'nun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011 2(2) 250; Bu Karara ilişkin açıklamalar için bkz Helvacı, Farklilaştirilmiş Teselsül (n7) 83.
Bu görüşün dayandırıldığı temel gerekçe, en fazla kusurlu olan sorumluların tazminat ödemekten aciz durumda bulunmaları durumunda; bu riskin zarar görene yüklemesinin hakkaniyete uygun olmayacağıdır. (İsviçre ve Türk hukukunda bu görüşün savunulduğu kaynaklara ilişkin atıflar için bkzTekinay,Akman,Burcuoğlu, Altop(n3) 835,dp 4

[12] Rücu konusuna ilişkin açıklamalar için bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop(n3) 939-940

[13] Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül(n7)84.

[14] Tekinay,Akman,Burcuoğlu,Altop (n3) 835

[15] İsviçre ve Türk hukukunda farklılaştırılmış teselsülül kavramının ortaya çıkışna ilişkin süreçteki somut gelişmeler için bkz. I.B.1.2.

[16] Bkz I.A.1.

[17] Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 84.; Himmet Koç Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi ; Dergisi, 2020, 3(1), 62; Arslan,Firdevs; Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Bireysel Sorumluluğun Belirlenmesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C:9(2) 65. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4.Bası, Vedat, 2015) N16-139.

*tutulması'* olarak tanımlanmaktadır.[18] Diğer ifade ile, bu ilke gereği müteselsil sorumlular sadece zararın bütünü içinde kendilerine isnad edilen kısımdan sorumlu olmaktadırlar.Davacı mahkemeden her bir davacının kusur oranına göre tazminat miktarının belirlenmesini isteyebilir. Alacaklılar müteselsil sorumlulara ancak o kişinin sorumluluk tavanına kadar başvurabilirler.[19] Teselsül tavanı içinde müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümlülüğü aynen devam eder.[20]

Farklılaştırılmış teselsülde dış ilişkide sorumluluk her bir borçlunun sorumluluk miktarı kendi kişisel koşullarının gerektirdiği ölçüde bireyselleşmekte yani farklılaştırılmaktadır. Farklılaşma TBK m 51-52'deki indirim sebepleri dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir. Müteselsil sorumluluğun bu türüne farklılaştırılmış teselsül adının verilmesinin sebebi de budur.[21]

Bu açıklamalar çerçevesinde, farklılaştırılmış teselsül kavramının: aynı zarardan sorumlu olan birden fazla borçlunun dış ilişkide her bir borçlunun, sorumluluk miktarının kendi kişisel koşullarının gerektirdiği ölçüde bireyselleştiği ,diğer ifade ile farklılaştığı; sadece zararın kendisine isnat edilecek miktarı ile sorumlu olduğu; böylece borçluların herbiri için ayrı ayrı sorumluluk tavanının belirlebildiği bir müteselsil sorumluluk türü olarak, tanımlanması mümkündür.

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun temel amacı, tam teselsülde alacaklılar lehine bozulan menfaat dengesinin; dış ilişkide indirim sebeplerinin ileri sürülmesine imkan sunularak,borçlular lehine dengelenmesi suretiyle borçluların korunmasıdır. Bu noktada vurgulamak gerekir ki aslında bu iki müteselsil sorumluluk türünden her ikisinde de menfaatler dengesi taraflardan biri lehine ağır basmakta yani tam eşit bir denge sağlanamamaktadır. Menfaatler dengesi tam teselsülde alacaklılar lehine farklılaştırılmış teselsülde ise borçlular lehine ağır basmaktadır. Diğer ifade ile her iki durumda da tam bir denge hali kurulamamaktadır. Bu nedenle müteselsil sorumluluğun her iki türünün de genellenerek uygulanması bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu hususta hukuki düzenlemelerin yapılışında hangi tarafın menfaatinin korunması gerekiyorsa, buna uygun bir tercih yapılmalıdır.Hukuki düzenlemenin amacı alacaklıların korunmasına yönelik ise tam teselsül; borçlu tarafın korunmasına yönelik ise farklılaştırılmış teselsül tercih edilmelidir.

Nitekim öğretide, TTKm557 düzenlemesi bakımından, farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesinin sadece davacının hiç mağdur olmadığı hallere özgülenmesi gerektiği; eğer ödeme imkansızlığı veya güçlüğü nedeniyle davacının maduriyeti

[18] Reha Poroy, ÜnalTekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, (14.Bası,Vedat 2019) 434 N591a.

[19] Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 434, N 591a; TTK m557 düzenlemesinin farklılaştırılmış teselsül konusunda içerdiği ilkelere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.Tekinalp,Yeni Hukuk (n19) N 16-138.

[20] TTKm557 düzenlemesinin madde gerekçesi 3.Parag.

[21] Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 89.

sözkonusu olacaksa, adalete farklılaştırılmış teselsülü ilkesinin değil tam teselsül ilkesinin uygulanmasının uygun olacağı önemle vurgulamaktadır[22]

## 2. Farklılaştırılmış Teselsülün İç ve Dış İlişkideki Etkileri

### a. Dış İlişkideki Etkisi

Dış ilişki borçlular ile alacaklı veya alacaklılar arasındaki ilişkidir. Farklılaştırılmış teselsül etkisini esas olarak dış ilişkide göstermektedir. [23] Farklılaştırılmış teselsülde dış ilişki TTK m 557/1-2' de düzenlenmiştir .[24]Aslında farklılaştırılmış teselsülde aynen tam teselsülde olduğu gibi alacaklının borçlulardan birini, birkaçını ya da tamamını dava etmesi mümkündür. Ancak tam teselsülden farklı olarak mahkeme zarar ve tazminatın miktarının hesabında kusurun derecesi illiyet bağının etkisini ve şartlara göre diğer indirim sebeplerini dikkate alarak tazminatın miktarından indirim yaparak her bir borçlunun sorumlu olduğu miktarı belirleyerek hükme bağlayabilir. Diğer ifade ile bu durumda mahkeme her bir borçlunun sorumluluk tavanını belirlemektedir.Bu anlamda sorumluluk tavanı her bir borçlunun ödemesi gereken tazminatın üst sınırını ifade etmektedir. [25]Farklılaştırılmış teselsülün dış ilişkideki etkisi de budur.[26]

Bu durumda sorumluluğun tavanı, sorumluluğa sebebiyet veren haksız fiil ise TBK m 51-52 düzenlemeleri dikkate alınarak belirlenmelidir.[27]

### b. İç İlişkideki Etkisi

İç ilişki borçlular arasındaki ilişkidir.[28] Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun ugulanmasında sorumlulardan herbiri kendisi hakkında hükmedilen sorumluluk tavanına kadar ödeme yapacaktır.Ancak genellikle bu ödeme ödeyen sorumlunun gerçekte payına düşen miktardan fazla olabilecektir.Hatta bazı durumlarda zarardan asıl sorumlu olan kişinin veya kişilerin sorumluluk davasında davalı olarak gösterilmemiş olmaları, dolayısıyla hiçbir ödeme yapmamış olmaları da olasıdır.İşte böyle durumlarda onların yerine ödemede bulunan davalı olarak görünen sorumlular ödeme yapmak zorunda kalacaklardır. Bu suretle gerçekte kendi paylarına düşen miktardan fazla bir ödeme

---

22 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 95.

23 Serengil,Şelale Orkide; Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül,Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2010) 28

24 TTK m557-1-2 düzenlemesinin madde gerekçesi.

25 Koç;(n18)73. Çamurcu, Emin; Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, (1. Bası XII Levha 2015) 186.

26 Göktürk,Kürşad Göktürk; Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk, (1.Bası,Adalet 2013) 226-228.; Koç (n 18) 73.

27 HasanPulaşlı; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (5.Bası, Adalet, Ankara, 2017) 708; Sıtkı Anlam Altay, 'Anonim Ortaklıklar Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül', THD, Mart 2019 14(151) 72 (68-75); Koç(n18) 73.

28 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 91; Göktürk; (n27)228; Serengil (n24); Çamurcu; (n26) 186; Pulaşlı (n28) 739.

yapmış olacaklardır.[29] Böyle durumlarda gerçek sorumlular dahil olmak kaydıyla bütün sorumluların kendi aralarında hesaplaşmaları ve kendi payına düşen miktardan daha fazla ödeme yapanın, payını aşan miktarı bu miktarın gerçek sorumlusundan alması hakkaniyetin gereğidir.Mahkemenin dış ilişkideki sorumluluk bakımından belirlediği oranlar iç ilişki bakımından etkili değildir.[30] İç ilişki TTK m557/3'te düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde Dış ilişkide yapılan ödemelerden sonra; açılması gereken rücu davasında borçluların birbirleri ile hesaplaşmaları yani birbirlerinden ne miktarda alacaklı olduklarının mahkeme tarafından durumun bütün gerekleri dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerekmektedir.Bu durumda amaç sorumluluğun somut olayın bütün özellikleri ile illiyet bağı ve kusur dereceleri dikkate alınarak borçlular arasında hakça paylaşılmasının sağlanmasıdır[31].

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun uygulanmasında iç ilişkinin yani rücu ilişkisinin şu örnek ile matematiksel olarak açıklanması mümkündür[32]:

Zarar 120.000 TL'dir. Sorumlular (A) (B) (C)'dir.

Dış İlişkide (A) %30; (B) %30; (C) %50 oranında kusurludurlar.

Dış ilişkide sorumluluk oranına bağlı olarak zararın yarısı 60.000 TL (C) tarafındanödenmiştir.

Bu durumda iç ilişkideki sorumluluk oranları:

(A)%30;(B)%30;(©) %40 olacaktır.Bu durum karşısında

(C) 120.000 TL'lik zararın dış ilişkide kusuruna bağlı olarak yarısını 60.000 TL ödemiş olduğundan iç ilişkide kendisine düşen 48.000 TL'lik tazminat miktarından 12.000 TL fazla ödeme yapmıştır. Bu 12.000 TL'lik fazla miktarın (C) tarafından diğer borçlulardan (A) ve (B)'den iç ilişkideki sorumluluk oranlarına göre talep edilebilecektir. Açık ifade ile (C), (A)'dan 6000 TL (B)'den 6000 TL talep edebilecektir. [33]

## 3. Farklılaştırılmış teselsülün Tam Teselsül ile Benzerlikleri ve Farklılıkları

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun anlamının daha ayrıntılı olarak ortaya konabilmesi amacıyla Tam Teselsül sorumluluğu ile benzerliklerinin ve farklılıklarının açıklanması, konumuzun gerektirdiği değerlendirmelere katkısı bakımından yararlı olacaktır.

[29] Koç(n18)75.

[30] Göktürk(n27) 228.

[31] Göktürk (n27)228.

[32] Örnek Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 93'ten alınmıştır.

[33] Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 93.

### a. Benzerlikleri

Tam teselsül ile farklılaştırılmış teselsül sorumlulukları arasındaki başlıca benzerlik, her ikisinde de alacaklının veya alacaklıların, borçluların tamamını ya da birini veya birkaçını dava etme imkanına sahip olmalarıdır.[34](TTKm557/II).Bu özellik yani alacaklıların borçlulardan dilediğine başvurabilme imkanı genel olarak müteselsil sorumluluğun başlıca özelliğidir. Böylece alacaklı borçlular arasında ispat kolaylığı ve ödeme gücü bakımından en uygun olanını seçme imkanına sahip olabilmektedir.

**ii-** Tam teselsül ile farklılaştırılmış teselsül arasındaki bir diğer benzerlik ise iç ilişkide de (borçlular arasındaki rücu ilişkisi) talebin istenilen borçluya yönlendirilmesinin mümkün olmasıdır.[35]

### b. Farklılıkları

Farklılaştırılmış teselsül tam teselsül arasındaki en temel farklılık, farklılaştırılmış teselsülde borçluların dış ilişkide (borçlular ile alacaklılar arasındaki ilişki) tazminatın miktarının indirilmesine sebep olacak şahsi indirim sebeplerini ileri sürebilme imkanına sahip olmalarıdır. Dier ifade ile farklılaştırılmış teselsülde mahkeme borçluların zarar bakımından kusurlarının derecesi, nedensellik bağının etkisi gibi tazminattan indirim nedenlerini dikkate alarak tazminat miktarında indirim yapabilecektir.Tam teselsülde ise bunun tam aksine borçlular dış ilişkide tazminatın miktarını azaltacak şahsi indirim sebeplerini ileri süremeyecek, bu bağlamda her bir borçlu zararın tamamından sorumlu olacaktır.[36]Yukarıda vurgulandığı üzere,tam teselsülün bu özelliği hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkardığından farklılaştırılmış teselsül aksine özelliği ile bu aykırılığı dengeleyici bir müteselsil sorumluluk türü olarak ortaya çıkmıştır.Dolayısıyla tam teselsülde mahkeme sorumlu olunan miktarı belirler. Ancak tek tek davalılar açısından sorumlu oldukları tutarı belirlemez. Buna karşılık farklılaştırılmış teselsülde, mahkeme her bir sorumlulunun sorumlu olduu miktarı belirler.Böylece farklılaştırılmış teselsülde alacaklının zararının giderilmesindeki menfaati, borçlunun borcun doğumundaki etkisi esas alınmak suretiyle zayıflatılmıştır.[37]

Yukarıda açıklanan temel farklılığa paralel olarak, tam teselsülde zarar gören taraf, zararın tazmin edilmesini talep ederken, zararını dava değeri olarak bir rakam halinde belirtmek durumundadır.Ancak sorumlulardan her birinin kendisi için mahkemeden tazminatın miktarının belirlenmesini talep etmeleri mümkün değildir. Farklılaştırılmış teselsülde ise gene dava değerinin belirtilmesi mümkün olmakla

[34] Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 87; Arslan(n18) 170.

[35] Helvacı87. Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 88

[36] Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 88; Arslan(n18) 88

[37] Bozkurt, Tamer; Şirketler Hukuku,(1. Bası Legem Yayıncılık2019) 504

beraber, sorumlulardan her birinin ayrı ayrı tazminat miktarının belirlenmesini talep edebilmesi mümkündür.[38]

Yukarıda ifade edilen temel farklılığa bağlı olarak tam teselsülün aksine, farklılaştırılmış teselsülde borçlulardan her biri zarara tek başına sebep olsaydı, ne kadar tazminat ödemekle sorumlu olacak idiyse, farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu çerçevesinde bundan daha fazla tazminat ile sorumlu olmayacaktır. [39] Diğer ifade ile, farklılaştırılmış teselsülde borçlulardan her birinin sorumluluk tavanı zarara tek başına sebep olsaydı sorumlu olacak olduğu tazminat miktarı ile sınırlıdır. Böylece zarar konusu işlem ve/veya uygulamadan müteselsilen sorumlu olanların her birinin müteselsil sorumluluğu, bu kişiler tek başlarına sorumlu olsalardı somut olaya göre kendilerinden talep edilebilecek miktardan fazla olamayacak, dolayısıyla sorumlulardan hiçbiri şahsen kendilerine isnad edilemeyen daha ağır bir sorumluluğa katlanmak zorunda kalmayacaktır.[40]

## 4. Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğunun Kapsamı

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince dış ilişkide tazminat miktarından kişisel indirim sebeplerini ileri sürebilen davalılardan her biri için farklı tazminat miktarına hükmedilmesi mümkündür. Bu durumda sorumluluk konusu zararın tamamı tazmin edilinceye kadar bütün sorumlulardan her biri bireysel sorumluluk tavanı miktarınca sorumlu kalacaktır. Ancak sorumlulardan her biri kendisine şahsen isnad edilen miktarı aşan oranda sorumlu tutulamayacaktır[41]Örneğin:[42] X,Y ve Z'den oluşan 3 kişilik bir yönetim kurulu ile yönetilen bir AO'da elektrik tesisatının bakımından ve onarımından sorumlu bir üyenin görevini yerine getirmemesi sonucunda fabrikada yangın çıkmış ve AO 100.000 000 YTL'lik bir zarara uğramıştır.Bu zararın tazmini talebiyle AO tarafından açılan bir sorumluluk davasında A%100 kusurlu bulunarak zararın tamamını tazmin etmekle sorumlu tutulmuştur Buna karşılık Bve C ise kişisel indirim sebeplerini ileri sürmeleri sebebiyle zararın tamamından sorumlu tutulmamışlardır.Bu bağlamda B zararın 80.000 000 YTL'lik kısmından, C ise 40.000 00 YTL'lik kısmından sorumlu tutulmuşlardır. Bu durum karşısında AO zararının tamamı tahsil edilinceye kadar; A, B ve C'yi takip etme hakkına sahiptir. Ancak bu kişilerden talep edebileceği miktarın üst sınırını bireysel sorumluluk tavanları oluşturacaktır.Bu durumda varsayalım ki AO önce zararın tamamından sorumlu

[38] Tekinalp,Yeni Hukuk(n18) 462; Mehmet Bahtiyar; Ortaklıklar Hukuku, (13. Bası, Beta, 2019), s 398; Arslan(n18) 170.

[39] Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 88.

[40] Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (2. Bası, XII Levha 2012)465.

[41] Çamurcu(n26)165-166; Akdağ-Güney; Akdağ-Güney Necla; Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla SınırlıŞahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (DifferenzierteSolidaritat)Düzenlemesi ile Karşılaştırılması,Prof Dr Hüseyin Ülgen'e Armağan,(1.Bası Beta 2007.) 1221-1222;Kürşat Göktürk,Mehmet Çelebi Can; 'Farklılaştırılmış Teselsülün –Özellikle Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunu'nun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İÜHFD, 2011, 2(2),241
TTK m 557 düzenlemesinin madde gerekçesi.

[42] Örnek için bkz Çamurcu,(n26) 165-166.

olan A'yı takip etmiş ve A'dan 100 000 000 YTL'lik alacağının 30 000 000 YTL'sini tahsil edebilmiş olduğunu varsayalım. Bu olasılıkta zararın tahsil edilemeyen 70.000 000 YTL'lik kısmı için B'ye başvurulacak olursa B'den dış ilişkide sorumlu olduğu 80.000 000 YTL'lik miktar değil sadece zararın A'dan tahsil edilemeyen kısmı olan 70.000 000 YTL talep edilebilecektir. Bu talep üzerine B'den de sadece 30 000 000 YTL tahsil edildiğini varsayacak olursak; Bu durum karşısında C'den bireysel sorumluluk tavanı 40. 000 000 YTL olduğundan sadece kalan 40 000 000 YTL talep edilebilecektir. Sonuç olarak AO'nun 100 000 000 YTL'lik zararının tamamı karşılanmış olacaktır. [43]

Ancak gerçek hayatta karşılaşılan vak'aların çoğunda toplam zararın bir kısmının müteselsil sorumlular tarafından birlikte verildiği, bir kısmının da tazminat sorumlularının bazılarının AO ilişkin hükümler çerçevesinde kişisel eylem ve kararlarının ürünü olduğu görülmektedir. Örneğin:A,B,C,D,E adlı üyelerden oluşan bin AO yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise bunun 2000'i bu beş üye tarafından birlikte verilmiş, geriye kalanın 1000'i A, 500'ü D ve 500'ü de E'ye tek başlarına isnad ediliyorsa; sonuç olarak 2000'den A.,B,C,D,E müteselsilen ve zararın kalan kısmından da kendilerine isnad edilen tutarda A,Dve E tek başlarına sorumlu olur.Zira böyle durumlarda, Mahkemenin, talep edilen şirket zararında önce *'birlikte verilen zarar'* ve *'tek başına verilen zarar'* ayrımının yapması gereklidir.Zararın tümü davacı tarafından aynı zarar olarak nitelendirilerek talep edilmiş olsa dahi mahkeme önce bu araştırmayı yapacak daha sonra teselsülde farklılaşmaya gidecektir.[44]

## B. Hukuki Düzenleme

### 1.İsviçre Hukuku

Türk hukukunda AO Yönetim Kurulu Üyelerinin sorumluluğu bakımından ETTK'da müteselsil sorumluluk ilkesi kabul edilmişti.(ETTK m 336). Bu düzenlemede yer alan sorumlululuk tam teselsül niteliğindedir.[45]Bu düzenleme

---

[43] Ögretide Karayalçın bu tür davalarda alacaklılar açısından risk içeren bir olası soruna değinerek şöyle bir çözüm önerisi getirmektedir :
Bu sorun sorumlulardan biri veya birkaçı ödeme güçsüzlüü içinde olursa; alacaklı diğer sorumlulardan kişisel sorumluluk tutarlarına kadar o tutarın veya tutarların ödenmesini talep edebilip edemeyeceğine ilişkindir.
Yazar bu sorunu ve buna ilişkin çözüm önerisini şu örnekle açıklamaktadır: Örneğin: A'nın tüm zararı 2000 birimdir.Bu zarardan kişisel olarak B' 2000, B2 600, B3400 birim sorumludurlar. Bu durumda büyük borçlu B1'in ödeme gücünün olmaması nedeni davayle davacıcı B2'den 600, B3'ten 400 birim tahsil edebilmiştir.Bu durum karşısında davacı zararının kalan 1000 birimini de tahsil edebilmek amacıyla ayrıca B2'den 600, B3'ten 400 birim talebilecek midir?Yazar bu soruyu olumlu cevaplandırmaktadır. Diğer ifade ile farklılaştırılmış müteselsil sorumlulukta büyük borçlunun ödeme gücünün olmadıı oranda bu riski davalıların taşıması gerektiğini belirtmektedir.Karayalçın,Yaşar; 'İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar Yasal Gelişmeler', ABD2007,65,(4), 119. Ancak bu görüş öğretide, ödeme gücü olan sorumlulardan mükerrer, tahsilat yapılacağı; bunu ise müteselsil sorumluluk ilkeleri ile bağdaşmadığı, ayrıca hukuki düzenlemeden de böyle bir anlam çıkmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Çamurcu(n26) 166, dp 576.

[44] Bu açıklamalar ve örnek için için bkz m557/1 düzenlemesinin madde gerekçesi.

[45] Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 77; Arslan;(n18) 168; Nejla Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk(n42) 1211.

mehaz İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu dönemde yürürlükte olan m759 düzenlemesine paraleldir.[46]

Ancak hem İsviçre[47] hem de Türk[48] hukukunda m 759 ve m 336 düzenlemelerindeki tam teselsül sorumluluğu, hakkaniyete aykırı sonuçları nedeniyle eleştirilmiş ve değiştirilmesi istenmiştir.[49] Eleştirilerin temel sebebi tam teselsülün hakkaniyete aykırı sonuçlarıdır. Açık ifade ile , tam teselsül sorumluluğunda zararın esas sorumlularının malvarlıklarına ulaşılamaması sebebiylehafif kusurlu olan dürüst yöneticilerin bütün malvarlıklarını kaybetmeleri mümkün olmasıdır. Bu durumda zararın asıl sorumluları ya paralarının olmaması ya da paralarını gizlemeleri nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmektedirler. Tam teselsüle yönelik eleştirilerin temel sebebi bunun gibi hakkaniyete aykırı sonuçlardır. . İsviçre hukukunda uygulamada da da tam teselsül sorumluluğunun hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olan sorumluların dış ilişkide kişisel indirim sebeplerini ileri süremeyeceklerine ve müteselsil sorumluların herbirinin zararın tamamından sorumlu tutulabilmeleirine ilişkin ilke Federal Mahkeme tarafından çok sert yorumlanmıştır.[50] Buna karşılık öğretide müteselsil sorumlulukta bir kişinin verdiği zarardan fazlasını gidermek zorunda kalması ve bunu ancak daha sonra rücu davası açarak geri alabilmesi, dier sorumluların ödeme güçlerinin bulunmaması olasılığında zararın tamamını ödemek zorunluluğuna maruz kalması, indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürememesi hususlarında şiddetle eleştirilmiştir.[51]

Bunun üzerine İsviçre hukukunda 1991'deki[52] Anonim Ortaklıklar reformunda İsv. Borçlar Kanunu m 759 düzenlemesinde köklü bir değişiklik[53] yapılarak tam teselsül sorumluluğu terk edilmiş ve yerine farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunu içeren bir düzenleme kabul edilmiştir. Nitekim bundan sonra Federal Mahkeme 1995 tarihli bir kararında, farklılaştırılmış teselsülü içeren yeni düzenlemeyi eski hukukun

[46] Mehmet Helvacı, 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması' Prof Dr Hayri Domaniç'e Armağan,Cilt 1 (1, Bası Beta 2001) 220, 226; Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 77;
TTK m557 düzenlemesinin madde gerekçesi.

[47] İsviçre hukukunda farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun gelişim sürecine ilikin açıklamalar için bkz Yılmaz Yördem, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, (2.Bası, Seçkin2022) 75-100. İsviçre hukukundaki eleştiriler için bkz Akdağ- Güney,Şahsi Sorumluluk,(n42) 1209, dp 9'daki kaynaklar.

[48] Akdağ-Güney Necla; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu (1.Bası, Vedat, 2012) 253; Kemal-Tahir Gürsoy; Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Prof Dr Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, (1.Bası AÜHF 1975 ) 58.

[49] Arslan;(n18) 165.

[50] TTKm557 düzenlemesinin madde gerekçesi.İsv. Federal Mahkemesi bu durumda Borçlar Kanunu'nun münferit sorumluluğa ilişkin m 43-44 düzenlemesinin uygulanamayacağı yönünde katı bir yaklaşım göstermiştir. Helvacı,Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 83.
Federal Mahkeme'nin 1991 değişikliği öncesindeki bu yöndeki bir örnek Kararı ile bu Karara ilişkin açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz Helvacı ,Müteselsil Sorumluluk (n47) 82-83. Federal Mahkemenin aynı yöndeki diğer Kararları v için bkz Helvacı, Müteselsil Sorumluluk(n46) 227 dp 20'de anılan kararlar.

[51] Helvacı, Müteselsil Sorumluluk (n46) 83.

[52] İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesi 4 Ekim 1991 tarihli Kanun ile değiştirilmiş olup; bu değişiklik 1 Temmuz 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Helvacı, Müteselsil Sorumluluk(n47) 225.

[53] Helvacı(2001); s 225; Akdağ Güney; Şahsi Sorumluluk,(n42) 1210; Ayrıca bkz TTK m557 düzenlemesinin madde gerekçesi.

güncelleştirilmiş yorumu olarak değerlendirmiştir. Bu sebeple yeni düzenlemenin 01/07/1992 tarihinden önceki olaylara da uygulanabileceğini kabul etmiştir.[54]

Böylece, müteselsil sorumluluk ilkesinden tam vazgeçilmeden, kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesine imkan bir sorumluluk sistemine geçilmek suretiyle tam teselsülün hakkaniyete aykırı sonuçları bertaraf edilmiştir..

İsviçre Borçlar Kanunu m759 düzenlemesinin 1991 tarihli değişiklikten önceki Anonim Ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda tam teselsülü düzenleyen'Teselsül ve Rücu' başlığını taşıyan metni şöyledir:[55]

*"Aynı zararı tazminle sorumlu olan kişiler bu zarardan müteselsilen sorumludurlar.*

*Hakim bu kimselerin kusurlarının derecesini nazara alarak aralarındaki rücu davasını karara bağlar"*

İsviçre Borçlar Kanunu m759 düzenlemesinin 1991 tarihli değişiklikten sonraki Anonim Ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda tam teselsülü düzenleyen farklılaştırılmış teselsülü düzenleyen metni ise şöyledir:[56]

*''Eğer birden çok kimse aynı zararı tazminle yükümlü ise bunlardan her biri zarardan kendisine isnad edilebilecek şahsi kusuru ve durumun gerekleri ölçüsünde müteselsilen sorumludur.*

*Davacı zararın tamamı için birden fazla kişiye davasını yöneltebilir. Ve bu daveda davalılardan herbirinin ödemesi gereken tazminatı belirlemesini talep edebilir.*

*Hakim birden fazla kimse arasındaki rücu davasını durumun bütün gereklerini gözeterek karara bağlar."*

## 2. Türk Hukuku

Türk hukukunda ETTK düzenlemesinde AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda İsviçre Borçlar Kanunu'nun m759 düzenlemesinin 1991 reformundan önceki metnine paralel olarak tam teselsül sorumluluğuna hükmedilmiştir. (m336-341). Öğretide tam teselsüle ilişkin bu düzenleme, davacılara sorumlu yönetim kurulu üyelerini birlikte dava etme imkanının tanındığı, böylece davacılar lehine bir düzenleme yapıldığı(üyelerin kusursuzluklarını ispat ederek sorumluluktan kurtulmaları mükün olmak kaydıyla) ve yönetim kurulu üyelerinin müteselsil

[54] BGE(4C. 147/1995). TTK m557 düzenlemesinin madde gerekçesi.

[55] Çeviri için bkz Helvacı, Müteselsil Sorumluluk (n47) 226 çevirinin yapıldığıorijinal Fransızca metin için bkz Helvacı, Müteselsil Sorumluluk (n47) 226, dp 16.

[56] Çeviri için bkz Helvacı, Müteselsil Sorumluluk (n47) 228; çevirinin yapıldığı Fransızca metin için bkz Helvacı, Müteselsil Sorumluluk (n47) 228 dp 22.

sorumlulukları nedeniyle birbirlerini denetleme yükümlülüklerini gereğince yerine getirecekleri gerekçeleriyle[57] savunulmaktaydı.[58]

Ancak, İlerleyen süreçte Türk hukukunda Türk Borçlar Kanunu ile tam teselsül eksik teselsül ayrımıortadan kaldırılmıştır.Bu bağlamda TBK m 61 düzenlemesinde *' Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır'* hükmüyle sadece tam teselsül kabul edilmiştir(TBK m162)[59].Bu suretle tam teselsül sorumluluğunun tek seçenek olarak kalmış olması ve tam teselsül sorumluluğunda sorumlulukların tazminatın indirilmesine ilişkin kişisel sebepleri dış ilişkide ileri sürememeleri ve bunun sonucu olarak en hafif kusurlu olan sorumlunun tazminatın tamamını ödemek zorunda kalabilmesi gibi hakkaniyete aykırı sonuçlarının İsviçre hukukunda olduğu gibi adalet duygusunu sarsıcı etkileri nedenleriyle 6102 S TTK çerçevesinde AO yönetim kurulu üyeleninin sorumluluğunda İsviçre Borçlar Kanunu m759 düzenlemesinin 1991 reformundan sonraki metninde kabul edilen farklılaştırılmış teselsül düzenlemesinin kabul edilmesini teşvik etmiştir.[60] Bu suretle İsviçre Borçlar Kanun m759 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsül ilkesi TTK m557 düzenlemesine aktarılmıştır. [61]

Türk hukukunda Anonim Ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun temel ilkelerini içeren ETTK m 336-341 düzenlemesinde tam teselsül sorumluluğu şöyle ifade edilmiştir:

TTKm336/1 düzenlemesinde:

*''İdare meclisi azaları şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı şahsen mesul olmazlar.Ancak aşağıda yazılı hallerde gerek şirkete gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesuldürler."*

Bu düzenleme A O yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda temel sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmiştir. Bu sorumluluk Türk hukukunda öğretide ve uygulamada tam teselsül olarak değerlendirilmiştir. Bu dönemde(ETTK) yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda tam teselsül ilkesinin benimsenmiş olması; sorumlu üyelerin birlikte dava edilebilmesine imkan sunan davacılar lehine bir düzenleme olması, üyelerin kusursuzluklarını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkanına sahip olmaları kaydıyla; yönetim kurulu üyelerini müteselsil sorumluluklarına bağlı

---

57 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül(n6) 82.

58 Sait Kemal Mimaroğlu Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti,1.Bası Sevinç 1967,23; Atan, Turhan; Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s 30-31; Çamoğlu, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu,(2.Bası Vedat 2007 ) 21-22.

59 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 81.

60 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6)83 ; tam teselsül ve eksik teselsül arasındaki farklar için bkz Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n6) 83-84.

61 TTKm557 düzenlemesinin madde gerekçesi

olarak, birbirlerini denetleme yükümlülüklerini gereğince yerine getirmelerine teşvik edeceği gerekçesiyle bazı yazarlar tarafından savunulmaktaydı.[62]

Yönetim kurulu üyelerinin tam teselsül sorumluluğuunun hafifletilmesine ilişkin ilkeyi koyan ETTK m 338 düzenlemesi ise şöyledir:

*''Yukarıdaki maddeler gereğince müteselsil mesuliyeti mucip olan muamelelerde bir kusuru olmadığını ispat eden aza mesul olmaz.Hususiyle bu muamelelere muhalif rey vermiş olup keyfiyeti müzakere zaptına yazdırmakla beraber murakıplara hemehn yazılı olarak bildiren veya mazeretine binaen o miamelenin müzakeresinde hazır bulunmayan aza dahi mesul değildir.''*

İfadesini içeren bu düzenleme de de m336/1 düzenlemesine paralel olarak müteselsil sorumluluk ilkesine işaret edilmektedir.

TTK'nın, İsviçre Borçlar Kanunu AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda m 759 düzenlemesinin 1991 tarihli değişik metnindeki farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu düzenlemesine paralel olarak; AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda farklılaştırılmış telsül ilkesini düzenleyen m 557 düzenlemesi de şöyledir:

*''(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazmin ile yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zararda diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*

*(2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dav a edebilir ve hakimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.*

*(3)Birden çok sorumlu arasındaki başvuru durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir.''*

## II. Banka Yöneticilerinin Şahsi İflas Sorumluluğu

### A. Hukuki Düzenleme

Bankacılık sektörü,finansal sitemin en hakim sektörlerinden olması itibarıyla; ülke ekonomisi çok sıkı bir karşılıklı etkileşim içindedir.Bu suretle ülkelerde meydana gelen siyasi veya iktisadi krizler,bankacılık sektörünü etkileyerek kırılganlığını arttırabilmektedir. Nitekim bankacılık sektöründe başlayan herhangi bir kriz ülke çapında bir ekonomik veya buna bağlı bir sosyal ya da siyasi krize sebep olabilmektedir.[63]

[62] Çamoğlu , Hukuki Sorumluluk(n59) 21-22; Mimaroğlu,(n59) 23.

[63] BDDK Çalışma Tebliği; 'Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi', Ankara,(Eylül-2010) 1-17< http://bddk.org.tr/ > Erişim Tarihi 25 Mart 2015

Ülkemizde 2000'li yıllara gelinceye dek çeşitli siyasi veya iktisadi sorunlara bağlı olarak, çok sayıda bankacılık krizi yaşanmıştır. Bunların en önemlileri 1982,1985,1989,1994,1999,2000 ve 2001 yıllarında yaşanmış olan krizlerdir.[64]Özellikle 2001 yılı Türkiye ekonomisi ve bankacılık sektörü için oldukça zor bir yıl olmuş ve bankacılık sektörü önemli ölçüde küçülmüştür.[65]Bu dönemde bankacılık sisteminin içinde bulunduğu sorunlar Kasım 2000 ve Şubat 2001 ekonomik krizleri sonrasında daha da ağırlaşmıştır. [66]Hatta Şubat 2001 krizinin patlamasının bankacılık sektöründen kaynaklandığı vurgulanmıştır.[67] Bu krizler sonrasında direnç gösteremeyen çok sayıda banka TMSF'ye devredilerek yeniden yapılandırılmış veya sona ermiştir.[68] Bu krizlerin en temel sebeplerinden birinin denetim yetersizliği olduğu ve kötü yönetim olduğu tespit edilmiştir. [69]

Bu durum karşısında gerek ülke ekonomisinin istikrarı gerekse pay sahiplerinin ve banka alacaklılarının çıkarları açısından etkin bir hukuki koruma sisteminin çok önemli bir ihtiyaç olduğu anlaşılmıştır. 2000'li yılların başlarından itibaren hazırlık çalışmaları devam etmekte olan 5411 S Bankacılık Kanunu m 110'da TTK'nın müteselsil sorumluluk düzenlemesinden ayrılarak; banka yönetim kurulu üyelerinin bankanın faaliyet izninin kaldırılması ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla , kısmen ya da tamamen devri ya da satışı amacıyla Fon'a devrine sebebiyet vermeleri halinde bu yöneticiler hakkında verdikleri zararla sınırlı olarak, şahsi iflaslarının Fon tarafından talep edilebilmesine imkan veren yeni bir düzenleme kabul edilmiştir.[70]

Bankacılık Kanunu m 110/1'de yer alan bu yeni düzenlemenin temel ilkesi şöyle ifade edilmektedir:

*''Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71. Madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulikları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fon'un talebi üzerine dorudan ve şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir.Bu karar ve işlemler bankanın hakim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır.Bu suretle tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri*

64 Müge İşeri; Son Finansal Krizler Ertesinde Türkiye'de Bankacılık, (1.Bası Türkmen, 2004) 27.

65 Ömer Faruk Çolak ve Kadir Eser;'Makro Açıdan Türkiye'de Bankacılık Krizleri', Bankacılık Sorunları Sempozyumu,Bildiriler-Tartışmalar-Paneller, 26-27 Kasım 2004, (AÜHFBTHEY 2004)40-41; Seçil Uyar; Bankacılık Krizleri (1. Bası Ziraat 2003) 136-138

66 Uyar(n68) 136

67 Cengiz Kostakoğlu; Bankacılık Mevzuatı,(1.Bası Beta 2002) 3

68 Türkan Önder, Batan Bankalar Bağımsız Denetim ve Meslek Ahlakı, (1.Bası, Beta 2001) 4

69 Önder(n71) 32.

70 Akdağ Güney,Şahsi Sorumluluk, (n42)1209

*masub edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye halindeki veya iflasa tabi bankaya iade edilir.(fıkra-1)"*

## B. Bankacılık Kanunu m110 Düzenlemesindeki *'Zararla Sınırlı Sorumluluk'* İfadesi ve Bu İfadeye Bağlı Hukuki Sorunlar

Türk banka hukukunda banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğunda *'bankaya verdikleri zararla sınırlı olarak'* ifadesine ilk defa 4389 S Bankalar Kanunu m.17 düzenlemesinde yer verilmiştir.(m17/1)[71] Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesi çerçevesinde iflas davasının açılabilmesi için zararın maddi ve somut nitelikte ve kesinleşmiş olması gereklidir.Örneğin:.Zarar kalemleri arasında dönmeyen krediler varsa, kredi alanlanlardaen talep edilmeden borçluları takip edilip kesin aciz belgesi alınmadan bir zararın varlığı kabul edilemeyecektir.Böyle durumlarda karşılık ayrılmasının da zararın doduğu anlamına gelmeyecei kabul edilmektedir.[72]Öğretide Reisoğlu yöneticilerin kanuna aykırı eylemleri ile bankaya ne kadar zarar verdiklerinin kesin olarak belirlenmesinin fevkalade zor olduğunu özellikle vurgulamaktadır.[73] Bankacılık Kanunu m 137 düzenlemesi hükmüne göre m 110 düzenlemesi çerçevesinde Fon tarafından açılacak davalarda ispat külfeti davalıya yani iflası talep edilen yöneticiler ile denetçiler veya hakim ortaklara aittir[74](m 137)

Banka yöneticilerinin bankacılık faaliyetlerinden doğan sorumluluklarının Kanun ile açık ve net olarak düzenlenmesinin, azami önem taşımaktadır.[75] Zira banka krizlerinin ortaya çıkmasında, bankanın kötü yönetilmesi, denetim yetersizliği kadar etkili bir unsurdur. Bu bağlamda denetim yetersizliği ve kötü yönetim bir araya geldiğinde kriz doğması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bir bankanın krize girmesinin iktisadi ve sosyal sonuçlarının ulaştığı kapsam ve büyüklük karşısında;hukuki düzenlemelerde banka yöneticilerinin, bankacılık faaliyetlerinden doğacak sorumluluklarının niteliği, şartları ve sınırları, tereddütlere yer bırakmayacak şekilde açık ve net olarak ifade edilmelidir.Aksi takdirde doğabilecek krizlerden, sadece mevduat sahipleri ve diğer alacaklılar bir banka işletmesi değil,banka krizlerinin bulaşma etkisiyle hem ülkedeki bankalar sistemi hem de ülke ekonomisi, nihayetinde ise bütün ülke halkı zarar görecektir.

Türk hukukunda banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğunun düzenlendiği Bank K m 110 düzenlemesinde banka yöneticilerinin ve denetçilerinin sorumluluklarının kapsamı hakkında *'Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71. madde hükmünün uygulanmasına neden*

71 Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. (Bası Seçkin2015) 1923.

72 Reisolu, (n72 )1923.

73 Reisoğlu,(n72) 1923.

74 Reisoğlu ispat kületinin davalıya ait olmasının hukuku veAnayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Reisoğlu, (n72) 1923

75 Oğuz, (n12) 255.

*olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek 'Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine dorudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir* . ifadesi yer almaktadır. Bu durumda zarar Borçlar Hukuku İlkelerine göre belirlenecektir.Zararın kesin olarak belirlenmesi gereklidir.Düzenlemedeki 'verdikleri zararla sınırlı ifadesi' muhtemel zararları dışlamaktadır.[76]

Diğer taraftan, bu düzenlemedeki *'..bankaya verdikleri zararla sınırlı olarak…'* ifadesi, yukarıda vurguladığımızın aksine, banka yöneticilerinin sorumluluklarının belirlenmesi bakımından yeterince açık ve net değildir. Bu bağlamda öğretide bazı tereddütler ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmalar üç hususta yoğunlaşmıştır. Şöyle ki:

İlk olarak bu ifade karşısında, hukuka aykırı eylemin birden çok yönetici tarafından gerçekleştirilmiş ve bu eylemden belirli bir zarar doğmuş olması durumunda; m110 düzenlemesi çerçevesinde müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, hususunda tereddüt doğmuş ve buna bağlı değerlendirmeler yapılmıştır.[77]

Bu düzenleme ile kanun koyucu TTKm557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsüle paralel olarak birden ziyada üye aynı zarara sebep olduklarında bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sünrülmesine imkan sunmak amacı mı bulunmaktadır?Yoksa kanun koyucu müteselsil sorumluluk ilkesinden tamamen vazgeçerek, şartlarının bulunması kaydıyla banka yöneticilerinin,denetçilerin, hakim ortakların, verdikleri zararlar bakımından şahsi sorumluluk ilkesini mi kabul etmiştir[78] Bu durumda, yöneticilerin nasıl ve ne şekilde verdikleri zararla yöneticilerin nasıl ve ne şekilde sorumlu tutulacakları , sorumluluğun nasıl hesaplanacağı, yani şahsi iflasın hangi tutar üzerinden talep edilmesi gerektiği hususları uygulamada karşılaşılması muhtemel sorunlardır.[79]

İkinci olarak, yukarıdaki olasılıkta,eğer müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanacağı kabul edilecek olursa, bunun hukuki dayanağının ne olacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.[80] Hukuki dayanak Mülga TBK m 50 düzenlemesi mi; yoksa Bankacılık Kanunu m2/3 atfıyla TTK m 557 düzenlemesi mi olacaktır?

Üçürcü olarak ise , uygulanması gereken müteselsil sorumluluk türünün hangisi, açık ifade ile farklılaştırılmış teselsül mü yoksa tam teselsül mü ? olması gerektiği değerlendirme konusu olmuştur. [81]

[76] ÜnalTekinalp; Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, (2. BasıVedat 2009) 294

[77] Bu hususa ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz Göktürk, (n27) 233-237.

[78] Akdağ- Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1226-1227.

[79] Akda Güney Şahsi Sorumluluk(n42) 1227.

[80] Akdağ - Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1229; Ahmet Battal,'Farklılaştırılmış Teselsül Kuralının Banka Yöneticilerinin Sorumluluğu Örneği Üzerinden Uygulanması', 2022 HÜHFD Özel Sayı 2022, 14.

[81] Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Doğrusöz, (n8), 81-89.

Öğretide bu sorunlara çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur[82] ? Ancak henüz uygulamada bütün bu tartışmalara ışık tutacak istikrarlı bir içtihat birikimi ortaya çıkmamıştır.Bu düzenlemelerin madde gerekçelerinde sözkonusu ifadenin içeriğine ve tercih sebebine ilişkin hiçbir açıklama bulunmamaktadır. [83]

Ancak 4389 S Bankalar Kanunu m 17 düzenlemesine ilişkin meclis görüşmeleri incelendiğinde bir milletvekili tarafından bu hususa dikkat çekildiği ancak tartışmaya açılan bu husus üzerine açıklayıcı bir değerlendirme yapılmadığı gibi[84] m110 düzenlemesindeki sözkonusu belirsizliğin aydınlatabilmesi için Bank K.'nın ilgili diğer düzenlemelerinden,yani bütünün sisteminden de bir çıkarsama da yapılamamaktadır.

## C. ZararlaSınırlı Sorumluluk ile Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Banka yöneticilerinin birlikte aynı zarara sebebiyet vermeleri durumunda m 110 düzenlemesi çerçevesinde genel hükümlerden olarak TBK m 61 düzenlemesindeki müteselsil sorumluluk TTKm 557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorununun değerlendirilebilmesi için öncelikle zararla sınırlı sorumluluk ile farklılaştırılmış teselsül ilkesinin karşılaştırılması, yani benzer ve farklı özelliklerinin açıklığa kavuşturulması gereklidir.

İsviçre Borçlar Kanunu m759 ve bu düzenlemeden aktarılmış olan TTK m557 düzenlemelerinde kabul edilmiş olan farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesi ile Bank K m110 düzenlemesindeki bankaya verilen zararla sınırlı sorumluluk kavramları,

---

82 Öğretideki çeşitli görüşlere ve değerlendirmelere ilişkin açıklamalar için bkz III.A B; IV.A B C

83 4389 S Bankalar Kanunu m17 düzenlemesinin gerekçesinde *''3182 Sayılı Bankalar Kanunu'n8un 69. maddesi uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir.Kurul yaptıkları işlemler nedeniyle mevduat kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılmasına neden oldukları tespit edilen banka yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür,genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden mensuplarının şahsi iflaslarını istemeye yetkili kılınmıştır. Ortakların sorumlulukları ise, bankanın yönetim ve denetim hakimiyeti menfaat temini şartlarına balanmak suretiyle saladıkları menfaatler ile sınırlandırılmış; ayrıca 8. maddenin 4. fıkrası uyarınca ortaklık hakları sınırlandırılan veya hisseleri Fon'a devredilen ortakların da bankanın iflası aranmaksızın, şahsi iflaslarının istenmesine imkan sağlanmıştır."* Ifadesi yer almaktadır. 5411 S Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesinin gerekçesinde ise sadece *''Fon yaptıkları işlemler nedeniyle banka hakkında Kanunun 72. maddesi hükümlerinin uygulanmasına neden oldukları tespit edilen yöneticiler veya denetçilerin karar ve işlemlerinin banka hakim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapılması halind, bu ortakların şahsen iflasylarını isteme ve şahsen iflaslarına karar verilmesi halinde iflas tasfiyesi ile yetkilendirilmiştir."* İfadesi yer almaktadır.

84 Meclis görüşmeleri sırasında milletvekili Ahmet İyimaya bu düzenlemedeki sorumluluğun mahiyetinin açıklanmamış olduğunu vurgulamak suretiyle bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini şöyle ifade etmiştir: *''...Bundan başka sorumluluğun türü zincirleme midir; yoksa baımsız ferdi sorumluluk mudur ; bu kategori de buraya girmemiş, Borçlar Kanunu veya diğer kanunların genel hükümlerine göre , sorumluluğun –eğer özel bir hükümde düzenliyorsanız-zincirleme olmadığı sonucuna varırsanız; gerçekten, bir başka yolsuzluk maddesi olarak bunu tedvin edebilirsiniz. Onun için benim, şahsen, geçen dönemde de kalkıp, yasama tasarrufu ssırasında maddelerde müdahalem olmamıştır; ama bu Bankalar Kanunudur. Bankalar Kanunu birgüven kanudur.Sistemi denetleyen ve sistemi idare eden mekanik bir kanundur.Yolsuzlikların önlenmesi de bugün artık programlara temel olarak girdiğine göre, bununngerçekten sorumluluk hukukunun ulaştığı çağdaş seviyeyei ve anlam bütünlüğünü içerecek şekilde, benim- Sayın Bakanımızdan veya Bakanlar Kurulundan ricam- bu akşam hiç olmazsa,İçtüzüğün ilgili maddesine göre maddeleri atlayarak görüşülmesi mümkündür.Yeniden düşünüp, doğrudan ve sorumluluk hukukunun tüm prensiplerini ve yasama tasarrufunda varlığı gereken yolsuzluğu önleme niteliğini de içerecek şekilde kaleme alınmasını diliyorum''*, TBMM Tutanak Dergisi,17.06.1999,21. Dönem, 17.Birleşim ,Yasama yılı 1.

farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunda da sorumlulardan her birinin kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar bireysel olarak kendisine isnad edilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte sorumlu olduğu; diğer ifade ile sorumluluk kişiye göre farklılaşarak belirlendiği için bir benzerlik göstermektedirler.[85] Bu bağlamda Türk hukunda öğretide bu kavramların aynı anlama gelip gelmediği tartışmalıdır.[86]

Bazı yazarlar,yukarıda ifade ettiğimiz üzere, sözkonusu kavramlar arasında bir benzerlik görülmekle beraber beraber , aslında Bank K m110 ve TTK 557 düzenlemeleri ayrıntılı olarak irdelendiğinde iki kavram arasında önemli farkların bulunduğunu savunmaktadırlar. [87]

Bu yazarlar gerekçe olarak temelde Bank K m 110 düzenlemesinin ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere bir müteselsil sorumluluk değil bir şahsi sorumluluk düzenlendiğini, banka yönetim kurulu üyeleri açısından müteselsil sorumluluğun ancak birden fazla üyenin aynı zarara sebebiyet vermesi halinde sözkonusu olabileceğini; müteselsil sorumluluğun, öngörülmüş olup olmamasının, özellikle yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin bir kısmını bölmesi halinde ortaya çıkacağını ileri sürmektedirler.[88] Bu iddia şöyle bir örnek ile açıklanmaktadır:[89]

Yönetim kurulunun kredi tahsisi amacıyla bir komite belirlemiş ve bilançonun düzenlenmesini kendi içinden iki uzman üyeye bırakmış olduğu varsayımında,bu uzmanlardan birisinin yükümlülüğünü yerine getirmeyerek zarara sebep olması durumunda (Örneğin: Kanunla belirlenen kredi sınırları aşılarak kredi tahsis edilmiş veya bilançoda fiktif kar yaratılarak bankanın zarara uğratılmış olması ). Bu durumun sonuçları farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ve m110 düzenlemesindeki zararla sınırlı sorumluluk arasındaki farkın ortaya konulması bakımından şöyle açıklanmaktadır:

**i.**Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğuna göre,yükümlülüğünü yerine getirmeyen organ gözetim görevini yerine getirmeyen üyeler müteselsilen sorumlu olacaklardır. Ancak gözetim görevini yerine getirmeyen üyelerin kusur derecesi, yükümlülüğünü yerine getirmeyen organa kıyasen daha hafif olacağından bu durum ve diğer indirim sebepleri dış ilişkide dikkate alınacaktır.Her bir sorumlunun sorumluluk miktarı kendi nezdinde gerçekleşmiş olan bütün indirim sebepleri dikkate alınmak suretiyle ayrı ayrı belirlenecektir.

**ii-**Bankacılık Kanunu'na göre ise krediyi veren ve bilançoda fiktif kar yaratan üyeler bu eylemlerinden doğan zararla sınırlı olarak sorumlu tutulacakdır. Gözetim

85 Akdağ-Güney, Şahsi Sorumluluk(n42) 1229.

86 Oğuz(n12) 268.

87 Akdağ-GüneyŞahsi Sorumluluk(n42) 1229; Oğuz(n12) 268.

88 Akdağ-Güney, Şahsi Sorumluluk(n42) 1229.

89 Örnek için bkz Akdağ-Güney, Şahsi Sorumluluk(n42) 1229-1230.

görevini yerine getirmemiş olan üyeler ise müteselsil sorumluluk düzenlenmemiş olduğundan sözkonusu zaradan sorumlu tutulmayacaklardır.[90]

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ile verilen zararla sınırlı şahsi sorumluluğun farklı kavramlar olduğunu savunan yukarıda açıkladığımız görüşün taraftarları bu sonuçlara dayanarak sonuç itibarıyla, Bankacılık Kanunu'na istinaden yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olmalarının ancak birlikte aynı zarara sebebiyet vermiş olmaları haliyle sınırlı olduğunu; ve bu sorumluluğun AO yönetim kurulu üyelerinin farklılaştırılmış teselsül sorumluluğuna kıyasen daha dar kapsamlı olduğunu belirtmektedirler.Ayrıca Bank K m 110 hükümü yorumlanırken bu hususun özellikle dikkate alınması gerektiğini,Bank K m110 düzenlemesi ile sorumluluğun ve sorumluların kapsamının daraltılmış olduğunu,ancak şahsi iflas düzenlemesi de getirilmek suretiyle yaptırımın müteselsil sorumluluğa kıyasen

oldukça ağırlaştırılmış olduğunu ileri sürmektedirler. Bütün bu gerekçelere ek olarak Eğer kanun koyucu sorumlular arazında müteselsil sorumluluğu istemiş olsaydı, bunu İsviçre'de olduğu gibi, açık bir ifade ile *'verdikleri zararla sınırlı müteselsilen sorumludurlar'* şeklinde..ifade edeceğini de vurgulamaktadırlar.[91]

Bu görüşün aksini savunan diğer görüşe göre ise yani farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ile verilen zararla sınırlı şahsi sorumluluk kavramlarının birbirleriyle örtüşen aynı kavramlar olduklarını savunan yazarlardan Çamoğlu görüşünü:

*''…Yasa koyucu bu hükümle (Bank K m110) İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda kabul edilen 'farklılaştırılmış teselsül' ilkesini Türk sistemine getirmenin ilk adımını atmıştır….'* ,sözleri ile ifade etmiştir.[92]

Buna paralel olarak öğretide Tekinalp, kanun koyucunun Bank K m 110 düzenlemesinde müteselsil sorumluluk ilkesinden ayrılmadığını;sadece rücuun başlangıçta dikkate alınmasını gerektiren yeni bir sistem düzenlediğini ileri sürmektedir. Yazar bu görüşünü:

*''…..Bankacılığın doğasında batık kredi vardır.Batık kredileri yöneticilere bağlamak ve onları sorumlu kılmak evrensel bankacılık anlayışı ile bağdaşmaz. Onun için ödenmeyen kredilerde kusurun kesin olması ve likit delillerle ispat edilmesi gerekir. Bank K müteselsil sorumluluğun uygulandı durumlarda bile , her bir sorumluyu 'bankaya verdiği zarar' ile sınırlayarak,iflasın müteselsilen sorumlu olunan tutardan değil,bu tutar için de ilgili yönetim kurulu üyesine isnad edilen miktarın esas alınması sistemini kabul etmiştir. Bu sistem müteselsil sorumluluğun*

90 Akdağ-Güney,Şahsi Sorumluluk (n42) 1230.

91 Akdağ-Güney, Şahsi Sorumluluk(n42) 1230-1231.

92 Ersin Çamoğlu;(n93) 14.

*terki olmayıp rücuun başlangıçta dikkate alınması anlamını taşır…."* sözleriyle ifade etmektedir. [93]

## III. Bankacılık Kanunu m110 Düzenlemesi Çerçevesinde Banka Zararının Birden Fazla Kişi Tarafından Meydana Getirilmiş Olması Halinde Doğacak Sorumluluğun Niteliğine Türüne ve Hukuki Dayanağına İlişkin Öğretideki Görüşler ve Değerlendirmeler

### A.Konu ve Sistem

Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesinin ifadesinde ve madde gerekçesinde banka zararının birden fazla yönetici ve/veya denetçi tarafından meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliği hakkında doğrudan veya dolaylı hiçbir açıklama yapılmayarak, sadece 'zararla sınırlı sorumluluk' ifadesi ile sözkonusu sorumluluğun niteliğinin belirlenmesi hususu genel hükümlere bırakılarak müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanması mı kastedilmiştir;,yoksa tam aksine müteselsil sorumluluk ilkesi dışlanmış mıdır? Bu başlık altında Türk banka hukuku öğretisinde bu durumdaki sorumluluğun niteliğine türüne ve hukuki dayanağına ilişkin ilişkin görüşlere ve değerlendirmelere yer verilecektir

### B. Müteselsil Sorumluluk İlkesinin Uygulanabilirliğine İlişkin Görüşler

#### 1.Müteselsil Sorumluluk İlkesinin Uygulanabileceği Görüşü

Öğretide Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesindeki 'Zararla Sınırlı Sorumluluk' ifadesi karşısında müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini ileri süren yazarlar[94] olduğu gibi bunun aksini savunan yazarlar[95] da bulunmaktadır.

Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesi çerçevesinde müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri süren yazarların temel gerekçesi; müteselsil sorumluluk ilkesinin alacaklıların menfaatini koruyan bir ilke olduğu; m110 düzenlemesinin amacının da buna paralel olarak genellikle kötüniyetli ve kusurlu sorumlular karşısında alacaklı Fon'un menfaatlerini korumak olduğu için birden fazla üyenin aynı zarara sebebiyet vermeleri durumunda müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanması gerektiğidir.[96]

---

93 Ünal Tekinalp; Fondaki Bankanın Hukuku 1. Bası, 2003, 80.

94 Reisoğlu(n72)1923-1924; Battal;Şerh (n96), s356-357; Alıcı;(n96), 1057; Doğrusöz, (n 9) 86-87.

95 Taşdelen; (n97) 1065.

96 Battal, Şerh(n96); s 356. Yazar açıklamalarında m110'daki sorumluluğun bankaya verilen zararla sınırlı şahsi sorumluluk olduğunu ; bu özel hüküm karşısında banka yöneticilerinin müteselsil nitelikle olamayacağının düşünülebileceğini ancak amaca uygun yorumun müteselsil sorumluluğun kabulünü gerektirdiğini ileri sürmektedir.Battal, ,Şerh(n96) 356.

Örneğin: Banka yönetim kurulu üyelerinin tamamının imzası ile oluşmuş bir işlem sorumluluk sebebi olarak gösterilmişse, bu zarardan dolayı tüm üyelerin müteselsil sorumluluğu kabul edilecektir.[97]

## 2. Müteselsil Sorumluluk İlkesinin Uygulanmayacağı Görüşü

Buna karşılık Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesi çerçevesinde müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağını savunan[98] görüşe göre: Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesinin ifadesinde ve gerekçesinde müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasına ilişkin doğrudan veya dolaylı hiçbir veri bulunmaması karşısında ; zararla sınırlı sorumluluk ifaresinin bilinçli olarak tercih edildiği ve müteselsil sorumluluk kavramına da bilinçli olarak yer verilmemiş olduğu böylece müteselsil sorumluluktan vazgeçilmiş olduğu;bu bağlamda da m110 düzenlemesi çerçevesinde müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar tarafından Kanun koyucu müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasını isteseydi İsviçre Borçlar Kanunu m759'da olduğu gibi açık bir ifade ile*' verdikleri zararla sınırlı olarak müteselsilen sorumludurlar'* şeklinde bir düzenlemeyi tercih ederdi. vurgulaması yapılmaktadır.[99]

Bütün bu gerekçelere dayanılarak, m 110 düzenlemesinin yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu kuralına bir istisna oluşturduğunu ileri sürmektedir[100].

Işık , banka zararının birden ziyade kişi tarafından meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliği bakımından m110 düzenlemesinin ifadesinin olukça muğlak olduğunu, bu düzenlemede her bir üyenin verdiği zarar ile sınırlı olarak sorumlu olacağının açıkça ifade edildiğini; müteselsil sorumluluğa ilişkin hiçbir ifade yer verilmemiş olduğu gerekçeleriyle, müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü sonucunun çıkarılmasının mümkün olmadığını; dolayısıyla bu ifadeden birden fazla banka yöneticisinin birlikte aynı zarara sebep olmaları durumunda herbirinin verdiği zarar ile şahsen sorumlu olduğu çıkarsamasının yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. [101] Yazar bu gerekçelerle banka yöneticilerinin birlikte verdikleri zararlar bakımından sorumluluklarının şahsi sorumluluk olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.[102]

---

[97] Battal,Şerh (n96)356. Yazar ayrıca, yöneticilerin sorumlu tutuldukları işlemin büyük ortakların haksız menfaat salamalarına yol açması durumunda; bu işlemi yapanlar ile işlemden yararlanan ortak ve ortakların hep birlikte sorumlu tutulmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Battal, Şerh (n95) 356.

[98] Akdağ-Güney, Şahsi Sorumluluk; s1227-1231; Taşdelen(n97) 1065 ; Oğuz (n12) 268; Işık, Serpil; 'Bankacılık Kanununa Göre Banka Yöneticileri Aleyhine Açılan Şahsi İflas Davasında Bankaya Verilen Zararlarla Sınırlı Sorumluluk Prensibinin Hukuki Niteliği ve İflas Yargılaması Bakımından Arz Ettiği Önem' Başak Baysal(Ed) Sorumluluk Hukuku, Seminerler Makaleler, (1.Bası XII Levha, 2017), 238- 240.

[99] Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk(n42)1227-1230; Oğuz, (n12)268; Neşe, Demiryas Caymaz; Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, (1.Bası Vedat 2009)59.

[100] Demiryas Caymaz,(n101) 59.

[101] Işık (n99) 239.

[102] Işık(n99) 240.

## C. Müteselsil Sorumluluk İlkesinin Uygulanabileceğini Kabul Eden Görüşler Kapsamında Uygulanması Gereken Müteselsil Sorumluluğun Hukuki Dayanağına ve Türüne İlişkin Görüşler ve Değerlendirmeler

### 1. Konu

Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesi çerçevesinde bankayı zararının birden fazla üye tarafından meydana getirilmiş olması durumunda müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanabileceğini kabul eden yazarlar[103] arasında bu çerçevede müteselsil sorumluluğun hukuki dayanağına ve uygulanması gereken müteselsil sorumluluğun türüne ve bunun hukuki dayanağına ilişkin Türk banka hukuku öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.Şöyle ki:

Bankacılık Kanunu m 110 düzenlemesi çerçevesinde zararın birden fazla üyenin karar ve eyleminden doğmuş olması durumunda, uygulanacak olan müteselsil sorumlululuğun hukuki dayanağını , bazı yazarlar BK m 50[104] ve m 61[105] düzenlemelerinin oluşturduğunu; buna karşılık bazı yazarlar da ETTK m 336[106] ve m 342[107] ve TTK m 557[108] düzenlemelerinin oluşturduğunu ileri sürmektedirler.

Müteselsil sorumluluğun türü bakımından ise bazı yazarlar koşulları varsa tam teselsül ilkesinin[109] buna karşılık bazı yazarlar ise farklılaştırılmış teselsül ilkesinin[110] uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Akdağ Güney müteselsil sorumluğun hukuki dayanağı hakkında , Bankacılık Kanunu m 110 hükmünün müteselsil değil şahsi sorumluluk öngördüğünü; ancak birden fazla üyenin aynı hukuki sebeplerle aynı zarara sebebiyet vermeleri halinde mütelselsil sorumluluğun Bankacılık Kanunu'ndan değil BK m50'den kaynaklanacağını, ileri sürmektedir.[111]

---

103 Reisoğlu(n72) 1923-1924; Battal,Şerh(n96) 356-357; Alıcı,(n 96), 1057.

104 Alıcı,(n96)1057; Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229.

105 Bu düzenleme 11.01.2011tarihli 6098 sayılı yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun müteselsil sorumlulukta dış ilişkiyi düzenleyen ve *'Birden çok kişi birlikte zarara sebebiyet verdikleriveya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde ,haklarında müteselsil sorumlulua ilişkin hükümler uygulanır'* ifadesini içeren m61 düzenlemesidir. Bu görüş için bkz Reisoğlu (n74)1924.

106 Battal, Şerh (n95) 356.

107 Bu görüş için bkz Battal(Şerh (n96) 356; Yarg19. HD, ,E 2003/1210, K2004/8151. 08.07.2004 Bu karar için bkz Reisoğlu, (n72)1924 dp. 487.

108 Bu düzenleme yürürlükteki 61021 sayılı TTK'nın Anonim Ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluğu konusunda'teselsül ve başvuru'başlığını taşıyan; bu sorumlulukta fürklılaştırılmış teselsül ilkesini düzenleyen maddedir. Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesi çerçevesinde birden fazla üyenin aynı zarara sebep olmaları durumunda uygulanması gereken olan müteselsil sorumluluk ilkesinin dayanağının TTK m 557 düzenlemesi olduğunu ileri süren görüş için bkz Çamoğlu İflasın koşulları(n93)14-15,dp.18; Battal, Farklılaştırılmış Teselsül (n82) 14

109 Alıcı,(n96)1057; Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229; Doğrusöz, (n9)86,89.

110 Battal Şahsi Sorumluluk (n81) 14; Doğrusöz (n8) 89; Çamoğlu İflasın Koşulları (n93)14.

111 Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229.

## 2. ETBK m50 ve TBK m 61 ile ETTK m 336- 342 Düzenlemelerine Dayanılarak Tam Teselsül Sorumluluğu İlkesinin Uygulanması Gerektiği Görüşü

Öğretide bazı yazarlar m110 düzenlemesi çerçevesinde banka yönetim kurulu üyelerininve/veya denetçilerin müteselsil sorumluluğunun hukuki temelini ETBK m50[112] düzenlemesine dayandırmaktadırlar.[113]

ETBK m 50 düzenlemesinde hükmedilmiş olan müteselsil sorumluluk türü tam teselsül sorumluluğudur.[114] Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için birden fazla üyenin aynı hukuki sebeple aynı zarara sebebiyet vermiş olmaları gereklidir.Bu durumda zarar veren üyelerden herbiri dış ilişkide kusur derecesine bakılmaksızın zararın tamamından veya bir kısmından sorumlu tutulabileceklerdir.[115]

ETBK m50 düzenlemesine dayanarak m110 düzenlemesi çerçevesinde tam teselsül sorumluluğunun uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlardan Akdağ Güney: Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümlerinin müteselsil sorumluluk öngörmediğini; ancak yönetim kurulu üyelerinin, bir zarara ortak işlem ve kararlarıyla sebebiyet vermiş olmaları durumunda m50'den kaynaklanan bir müteselsil sorumluluktan söz edilebileceğini belirtmektedir.[116]

Buna karşılık Doğrusöz, m110 düzenlemesine göre şahsi iflas davasında ETBK m50 düzenlemesinin uygulanması durumunda zarar verenlerin zararın tamamından sorumlu olması, tazmin yükümlülerinden her birinin zarar görene tazminatın tamamını ödemek zorunda kalacak olması ve dış ilişkide hafif kusur gibi tazminattan indirim yapılmasını gerektiren şahsi def'ileri sürmesinin mümkün olmamasının m110 düzenlemesindeki her bir sorumlunun bankaya verdiği zarar ile sınırlı olarak sorumlu olabileceği ifadesi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle ETBK m 50 düzenlemesindeki

---

[112] Bu düzenleme 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan 04.10.1926 tarihli 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun tam teselsül sorumluluğu ilkesini düzenleyen m50 düzenlemesidir.Bu düzenlemede *'Birden ziyade kimseler birlikte zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an muttali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar.Hakim bunların herbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümulünün derecesini tayin eyler.'* İfadesi yer almaktadır.

[113] Alıcı,(n96)1057; Akdağ Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229; Doğrusöz, (n9)86,89.

[114] Tam teselsüle ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkzAyşenur, Caner Şahin, (n8)15.Öğretide ETBKm50 düzenlemesinde yer alan ve sorumluların aynı hukuki sebepten sorumlu olmaları durumunun düzenlendiği müteselsil sorumluluk türü tam teselsül sorumluluğu veya gerçek teselsül sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır.Caner Şahin(n8)17.Buna karşılık ETBK m51 düzenlemesinde yer alan sorumluların farklı hukuki sebeplerden sorumlu oldukları durumunun düzenlendiği müteselsil sorumluluk türü de eksik teselsül veya gerçek olmayan teselsül olarak adlandırılmaktadır.Caner Şahin (n8)17,19. Eren(n3)120.

[115] ETBK m50-51'deki bu iki müteselsil sorumluluk türü de aynı hukuki sonuçlara tabi kılınmıştır.Bu bağlamda eksik ve tam teselsül ayrımı öğretide sadece teorik kavramsal bir ayrım oluşturduğu, hiçbir pratik sonucunun olmadığı, bu ayrımın sadece teorik bir ayrım olduğu aralarında hiçbir hukuki sonuç farkı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.Bu eleştiriye ilişkin açıklamalar için bkz Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut;Borçlar Hukuku Genel Hükümler,C.2,(15.Bası,XIILevha2020),300-301;DalcıÖzdoğan(n7),dp229'da anılan Almanca Kaynaklar; Alıcı, (n96)1057;AkdağGüney Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229; Doğrusöz(n9) 86,89.

[116] Akdağ- Güney, Şahsi Sorumluluk (n42) 1228-1229

tam teselsül sorumluluğu ilkesinin m110 düzenlemesi çerçevesindeki şahsi sorumluluğa uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir.[117]

Reisoğlu, Bankacılık Kanunu'na göre banka ile yöneticiler arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu sözleşmeyi yönetim kurulu üyeleri ile banka arasındaki ilişki bakımından bir vekalet sözleşmesi, diğer yöneticiler ile banka arasındaki ilişki bakımından ise hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Diğer taraftan da yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankayı zarara uğratmalarının aynı zamanda bir haksız fiil oluşturduğunu belirterek; bu durumda hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanılabileceğinden hakların yarışması durumunu ortaya çıktığını ifade etmektedir.[118]

Yazar, bu nitelendirmeyi yaptıktan sonra, 4389 S Bankalar Kanunu m 17 düzenlemesinde olduğu gibi, Bankacılık Kanunu m110 düzenlemesinde de yöneticilerin birlikte verdikleri zararlardan doğan sorumlulukları hakkında açık bir ifade yer almadığını belirsizlik olduğunu;bu durum karşısında m110 düzenlemesi çerçevesindeki şahsi iflas sorumluluğunda, birden fazla üyenin hukuka aykırı karar ve uygulamaları ile aynı hukuki sebep ile bankaya zarar vermiş olmaları durumunda TBK m 61 düzenlemesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.[119]

TBK düzenlemesinde, ETBK m50-51 düzenlemelerinden farklı olarak birden fazla kişinin haksız fiil işleyerek aynı hukuki sebepten müteselsilen sorumlu olanlar ile farklı hukuki sebeplerden müteselsilen sorumlu olanlar aynı maddede (m 61) düzenlenmiş ve her iki durum da müteselsil sorumluluk sayılarak aynı hükümlere tabi kılınmıştır. [120].

Battal:Bank K m110 düzenlemesi çerçevesinde bankaya verilen zararın birden fazla üyenin karar ve uygulamalarından doğmuş olması durumunda; ETTK m336[121] ve m342[122] düzenlemelerine dayanılarak m110 düzenlemesi çerçevesinde tam teselsül ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir[123]. Yazar : Bank K m110 düzenlemesinin amacının genellikle kötüniyetli ve en azından kusurlu sorumlular

[117] Doğrusöz (n9) 88-89.

[118] Reisoğlu(n72)1920.; Öğretide Tekinalp de m110 düzenlemesinin hukuki temelinin yöneticiler bakımından sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olduğunu belirtmektedir.Tekinalp,Banka Hukuku (n77); 288.

[119] Reisoğlu, (n72)1924; Ayrıca bkz Yarg. 19.HD, 0807 2004, 2003/12100 . 2004/8151.Bu Karar için bkz Reisoğlu (n72) 1924, dp. 487.

[120] Bu durum karşısında öğretide, bu durumlardan birincisine tam teselsül ikincisine eksik teselsül adı verilmesinin sadece teorik bir ayrım olacağı, ayrıca bu ayrımın yanıltıcı olacağı ve m61 düzenlemesi çerçevesinde ETBK m50-51 düzenlemelerindeki tam teselsül eksik teselsül ayrımının kaldırılmış olduğu kabul edilmektedir.Oğuzman/Öz (n117) 300-301 Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül (n7) 83.

[121] Battal Şerh (n96) 356.

[122] İbid.

[123] TTK m336 ve 342 düzenlemeleri de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan 29.06.1956 tarihli 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin sorumluluğunda tam teselsül ilkesini içeren düzenlemelerdir. RehaPoroy,ÜnalTekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, (7. Bası, Beta 2007) N 592.

karşısında, alacaklı Fon'un yararını korumak olduğunu; bu bağlamda banka yönetim kurulu üyeleri ve bunlar tarafından atanmış yöneticiler bakımından aynı amaca yönelik tam teselsül ilkesini içeren ETTK'nın AO'larda yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin müteselsil sorumluluğunda tam teselsül ilkesini[124] düzenleyen m336-342 düzenlemelerinin m110 hükmünün temelini oluşturduğunu ileri sürmektedir.[125]

## 3. Türk Ticaret Kanunu m 557 Düzenlemesine Dayanarak Farklılaştırılmış Teselsül Sorumluluğu İlkesinin Uygulanması Gerektiği Görüşü ve Bu Görüşe İlişkin Değerlendirmeler

Yukarıda açıkladığımız, m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla üye tarafından alınan karar veya uygulamalardan doğmuş olması durumuna ilişkin m110 düzenlemesinde belirsizlik olması karşısında; sözkonusu boşluğun ETBK,TBK.ETTK TTK'nın ilgili düzenlemelerindeki tam teselsül sorumluluğu ilkesi ile doldurulması gerektiği görüşü karşısında; öğretide bazı yazarlarbu görüşe katılmadıklarını ve sözkonusu boşluğun TTK m557 düzenlemesine dayanılarak farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile doldurulması gerektiğini ileri sürmektedirler.[126]

Doğrusöz, m110 düzenlemesine dayanılarak açılacak şahsi iflas davasında, m50 hükmünün uygulanması durumunda, sorumlulardan her birinin dış ilişkide kusurun hafifliği gibi şahsi def'ilerin ileri sürülememesi nedeniyle zararın tamamından sorumlu olacaklarını; böyle bir sonucun, m110 düzenlemesindeki her bir sorumlunun kanuna aykırı karar veya işlemi nedeniyle ortaya çıkan banka zararı ile sınırlı olarak sorumlu olacağı ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle sözkonusu durumda tam teselsül ilkesini içeren TBK ve TTK'nın ilgili düzenlemelerine dayanılarak tam teselsül ilkesinin uygulanamayacağı ileri sürmektedir. [127]

Yazar bu bağlamda TTK m557 düzenlemesine dayanılarak farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıca farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabulünün TTK sistemi ile de uyumlu olacağını; böylece özel kanun olan Bank K ile genel kanun TTK arasındaki uyumsuzluklara ilişkin muhtemel tartışmaların bertaraf edilmiş olacağını ileri sürmektedir.Bütün bu gerekçeler ile m 110 düzenlemesinde değişiklik yapılarak düzenlemeye açıkça farklılaştırılmış teselsül ilkesinin dahil edilmesini tavsiye etmektedir.[128]

---

[124] ETTK m 336-342 düzenlemeleri çerçevesindeki müteselsil sorumluluğun tam teselsül niteliğinde olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz Mehmet Helvacı; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, (1. Bası, Beta 1995) 26-28; Hamdi Yasaman;Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilecek Sorumluluk Davaları, 2013, GÜHFD, 2 ( 2) 109.

[125] Battal Şerh (n96) 356.

[126] Battal Farklılaştırılmış Teselsül (n82) 14; Doğrusöz(n9)89;Çamoğlu İflasın Koşulları (n93)14

[127] Doğrusöz (n8) 88-89.

[128] Doğrusöz, (n9) 89.Yazar İsviçre'de de 1 Temmuz 2004 tarihinde Bank. K'da yapılmış olan reformla Bank. K. ile İsviçre BK'nun uyumlu hale getirilmiş olduğu örneğini vermektedir. Doğrusöz, (n8)89.

Battal Bank K m7/1 hükmüne göre bankalar AO şeklinde kurulmak zorunda olduğundan Banka AO'na Bankacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde bu Kanun'un m2/3 hükmü gereğince genel hükümlerden olarak TTK'nın AO'lara ilişkin hükümlerinin uygulanaması gerektiğini belirtmektedir. [129]

Yazar aynı görüş çerçevesinde, Bankacılık Kanunu'nda yönetim yetkisine ve krediler düzenine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almakla beraber m110 düzenlemesindeki özel sorumluluk hali dışında sorumluluğa ve birlikte sorumluluk halinde teselsüle ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından , m110 düzenlemesindeki şahsi sorumluluk halinde zararın birden fazla üyenin karar veya uygulamalarından domuş olması durumunda TTK'daki AO yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini; dolayısıyla bu durumda TTK m 557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsül sorumluğu ilkesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.[130]

Çamoğlu ise öncelikle T.C. kanun koyucusunun m110 hükmü gereği iflası talep edilen yöneticilerin şahsi sorumluluklarının *'bankaya verdikleri zarar'* ile sınırlandırılmış olması hükmüyle İsviçre Borçlar Kanunu m759 düzenlemesindeki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kabul edilen farklılaştırılmış teselsül ilkesini Türk hukukuna getirmenin ilk adımını atmış olduğunu vurgulamaktadır[131].

Yazar bundan sonra, kanun koyucunun m110'da düzenlediği sistem ile TTKm336 düzenlemesindeki tam teselsül ilkesinden büyük ölçüde ayrılmış olduğunu; böylece sorumluların , toplam zarardan dış ilişkide de bu zararın oluşumundaki payları oranında sorumlu tutulmaları ilkesini benimsemiş olduğunu ileri sürmektedir. Sözkonusu düzenlemenin bu niteliği ile Banka yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül ilkesine ilişkin kaynak İsviçre hukukundaki yeni eğilime de paralel olduğunu belirtmektedir.[132]

Öğretide Tekinalp tarafından Bankacılık Kanunu m110'da zararla sınırlı sorumluluk ifadesine yer verilerek müteselsil sorumluluğun uygulanabileceğine ilişkin doğrudan veya dolaylı hiçbir ifadeye yer verilmemiş olmasının; müteselsil sorumluluğun terki anlamına gelmeyip; rücuun başlangıçta dikkate alınması anlamına geldiğini ve Bank K m110 düzenlemesindeki ' zararla sınırlı sorumluluk' yaklaşımının İsv BK m759 düzenlemesi ile getirilen farklılaştırılmış teselsül çözümüne benzediğini ileri sürülmektedir.[133]

[129] Battal,Farklılaştırılmış Teselsül (n82) 14.

[130] Battal, Farklılaştırılmış Teselsül (n82)14-15.

[131] Çamoğlu, İflasın Koşulları (n93) 14.

[132] Çamoğlu, İflasın Koşulları (n93) 15.

[133] Tekinalp; Fondaki Banka (n95) 80-81.

iYazar bu görüşünü şöyle ifade etmektedir:

*'(Bankacılık Kanunu), müteselsil sorumluluğun uygulandığı durumlarda bile, her bir sorumluyu ''bankaya verdiği zarar'' ile sınırlayarak , iflasın müteselsilen sorumlu olunan tutardan talep edilmesini değil ; bu tutar için de ilgili yönetim kurulu üyesine isnat edilen miktarın esas alınması sistemini kabul etmiştir.Bu sistem müteselsil sorumluluğun terki olmayıp, rücuun baştan dikkate alınmas, anlamına gelir. Kanunun bu yaklaşılmı klasik teselsül anlayışına nazaran çok daha adildir. Bank K'nın sözkonusu hükmü İsv.Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinin getirdiği modern çözüme benzemektedir. ....Bank K'nın İsv BK'dan ayrıldığı nokta her bir sorumlunun bankaya verdiği zararın Fon tarafından hesaplanması ve ve rücuun mahkemenin kararına bırakılmamış olmasıdır.'134*

Yazar bu görüşü çerçevesinde m 110 düzenlemesini şöyle bir örnek ile açıklanmaktadır:

*'Beş kişilik bir yönetim kurulunun bankaya verdiği toplam zarar 100 üye A'nın kusuruna ve durumun gereklerine göre zararın ona isnad edilebilen oranı,%80 ise,B'ninki%15,C'ninki %5 olup Dve E'ye kusur atfedilemiyorsa; iflas bu oranlara göre hesaplanan tutara göre''zararla sınırlı olarak'' talep edilir. Sözkonusu tuarın ödenmesi halinde iflas kararı verilemez.Her müflis için ayrı masa kurulmalıdır''*.[135]

Bu görüş öğretide eleştirilmiştir. Bu eleştiri kapsamında durum ikiye ayrılarak değerlendirmektedir.Şöyle ki:

Birinci olarak, yönetim kurulu üyesi kendisine verilen temsil yetkisi çerçevesinde veya yetkisi olmadığı halde fiili olarak bir zarara sebebiyet vermişse, bu zarardan tek başına sorumlu olacaktır. Diğer yönetim kurulu üyeleri ise gözetim yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle bu zarardan müteselsilen sorumlu tutulamayacaklardır. Çünkü Bankacılık Kanunu'nun sorumluluk hükümleri TTKm336'dan farklı olarak müteselsil sorumluluk öngörmemektedir. Bu durumda bir müteselsil sorumluluk bulunmadığı için rücudan bahsedilmesi de mümkün değildir.İkinci olarak yönetim kurulu üyeleri bir zarara ortak işlem ve kararları ile sebebiyet vermişlerse, bu durumda BKm50 hükmünden kaynaklanan sadece bu durum ile sınırlı kalmak kaydıyla bir müteselsil sorumluluk olabilecektir[136]

Helvacı,farklılaştırılmış teselsül ilkesinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda uygulanmasının adalete uygun olmadığını ileri sürmektedir. Bu ilkeyi, TTK m 557, Bank K m110 ve İsvBK m.759 gibi davacı tarafın mağdur

[134] İbid.

[135] Tekinalp; Fondaki Banka (n95) 80.

[136] Akdağ- Güney, Şahsi Sorumluluk (n42)1229-1229. Bu eleştiri çerçevesinde şahsi iflas tutarının hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Akdağ – Güney, Şahsi Sorumluluk (n42)1231-1232.

olduğu, davalı tarafın ise kurul olarak çalışan kişilerden oluştuğu durumlara ilişkin düzenlemeler bakımından genel olarak eleştirmek suretiyle değerlendirmektedir.[137]

Yazara göre: tam teselsül ilkesinin aksine kusurun derecesine ilişkin savunmanın dış ilişkide ileri sürülebilmesi imkanını sunan farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereği mağduriyete katlanacak olan davacı alacaklıdır.Davalı yönetim kurulu üyeleri ise mağduriyete katlanmayacaklardır. Diğer İfade ile farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde borçlu taraf korunmaktadır. Oysa zararın doğması bakımından genellikle alacaklı tarafın etkinliği ve kusuru bulunmadığı halde, borçlu tarafın yönetim kurulu üyeleri kesinlikle az ya da çok kusurludurlar.

Yazar, böyle durumlarda, hakkaniyete uygun bir yaklaşımla, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin sonuçlarının adaletli olmadığını, ileri sürerek bu ilkenin genel olarak her duruma uygulanmasının haklı olmadığı, sözkonusu haller bakımından istisna konulmak suretiyle sınırlandırılarak uygulanması gerektiğini, böylece vurgulanan adaletsiz sonuçların bertaraf erdilmiş olacağını önermektedir.[138]Yazar bu görüşünü şöyle ifade etmektedir:

*''Kanaatimce farklılaştırılmış teselsül davacının hiç mağdur olmadığı hallere özgülenmelidir. Eğer ödeme imkansızlığı veya ödeme güçlüğü nedeniyle davacının mağdur olması sözkonusu olursa sistemin tam teselsül şeklinde uygulanması ise adalete daha uygun olacaktır.''139*

## D. Kanaatimiz ve Çözüm Önerisi

Bankacılık Kanunu'nun banka yöneticilerininvedenetçilerin şahsi iflas sorumluluğu hükmünü içeren m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte alınan kararlar veya işlemler ile meydana getirilmiş olması durumunda, doğacak olan sorumluluğun niteliği hakkında bu düzenlemenin ifadesinden ve gerekçesinden doğrudan bir çıkarsama yapılamaması karşısında; Türk banka hukuku öğretisinde ileri sürülmüş olan çeşitli görüşler[140] ve değerlendirmeler yukarıda ayrıntılı olarak açıklandı.

Bütün bu açıklamalarımızın ışığında hukuki sorunun çözümüne ilişkin kanaatimizin şöyle özetlenmesi mümkündür:

Bu hususta gerçekçi bir değerlendirme yapılabilmesi ve menfaatler dengesine dolayısıyla hakkaniyete uygun bir çözüme varılabilmesi için öncelikle banka zararının kapsam ve sonuçlarının dikkate alınması gereklidir.Çünkü banka zararı kapsamı ve

137 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n 7) 95.

138 İbid.

139 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n 7) 95.

140 Bkz III,A,B; IV,A,B,C,D'deki açıklamalar ve bu açıklamalarda atıf yapılan kaynaklar.

sonuçları bakımından; kendine özgü bir zarardır. Açık ifade ile bir banka nezdinde doğan bir zarar bu bankada ve doğduğu andaki kapsamı ile sınırlı kalan bir zarar niteliğinde değildir.İlerleyen süreçte kapsamı ve mağdurları bakımından genişleyen bir zarardır. Bu durum da banka zararı kavramının önemini arttırmaktadır. Şöyle ki :

Çağımızda iletişim teknolojisindeki gelişmelerin sonucu olarak finansal piyasalar küreselleşmiştir. Bu durumda banka yöneticilerinin ve denetçilerinin kişisel menfaatlerinin tatminine yönelik hukuka aykırı faaliyetlerinden doğan banka zararlarının kapsamı ; küreselleşmeye bağlı olarak, genişlemektedir. Bir ülkede, banka nezdinde başlayan, bankayı krize sokabilecek ölçüdeki bir zararın bu bankada sebep olduğu bir kriz , özellikle toplumsal panik ortamının tetikleyici etkisiyle ülkedeki diğer bankalara sıçramakta ve bir domino taşı etkisiyle diğer bankaları da krize sokarak devirebilmektedir.Böylece bir banka nezdinde başlayan kriz, ülke genelinde sistemik bir bankacılık krizine sebep olabilmektedir.(Bank K m 72). Bu kriz de ülkeyi genel bir ekonomik krize sürükleybilmektedir. Hatta bir banka nezdinde başlayan böyle bir kriz Dünya'daki benzer ekonomik sorunlara sahip yakın ülkeleri de etkileyerek coğrafi olarak ülke sınırlarını aşan bölgesel bir ekonomik kriz yaratabilmektedir.[141] Bunun sebebi bankacılık sistemi ile finansal piyasaların karşılıklı bir etkileşim içinde olmasıdır. (Bank K m1) Açık ifade ile, bankacılık sisteminde oluşan bir olumsuz durumun, finansal sistemi; finansal sistemde oluşan bir olumsuz durumun da bankacılık sistemini olumsuz etkileme potansiyeline sahip olmasıdır.. Böylece bir ülkede bir bankada doğan bir kriz, ülke genelinde bir bankacılık krizine veya ekonomik krize dönüşebilmekte; hatta bunların yanısıra ülke sınırlarını aşarak benzer ekonomik koşullara sahip yakın ülkelere de sıçrayarak, Dünya'dabölgesel bir bankacılık krizine veya ekonomik krize sebep olabilmektedir.*'Banka krizlerinin bulaşma etkisi teorisi'* [142] ile açıklanan bu durumun somut örnekleri 1994'te Meksika'da başlayan, Arjantin ve Brezilya'ya sıçrayarak bir Latin Amerika finansal krizine dönüşen; daha sonra 1997'de Tayland'da başlayarak Endonezya,Malezya ve Güney Koreye sıçrayarak bankacılık sistemi temelli bir Güneydoğu Asya finansal krizine dönüşen banka krizlerinde yaşanmıştır.[143]

Bu başlangıç noktası,Bank K m110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden ziyade kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliğinin belirlenmesindeve hakkaniyete uygun menfaatler dengesinin kurulabilmesinde gerçeklere dayanan doğru bir bakış açısı sağlayacaktır.

---

[141] Ekonomistler tarafından finansal kırılganlığın bir sistemik risk unsuru oluşturması itibarıyla bütün ekonomik sistemi etkileme gücüne sahip olduğunu önemle vurgulamaktadırlar. Batu Tunay, 'Türk Bankacılık Sektöründe Rekabet ve Kırılganlık, Bankacılar Dergisi 2009 (68) 30-33. Ömer Faruk Eser, Kadir Çolak, Finansal Sistem ve Bankalar (1. Bası Nobel 1999) 271.

[142] Çolak ve Eser, (n142) Finansal Sistem ve Bankalar (n142) 12.

[143] Çolak ve Eser, (n142) Finansal Sistem ve Bankalar,26-30; Aydan Kansu, Gelişmekte Olan Ülkelerde Finansal Krizlerin Nedenleri(1.Bası Der 2002) 26-28; Özgür Üstün, Bankacılık Krizleri ve Türk Bankacılık Sistemi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007 ) 26,83-127.

Şöyle ki:

İyi işleyen bir ekonomik sistemin temel koşulu finansal piyasaların istikrarlı olmasıdır. Finansal piyasaların istikrarnın temel koşulu ise güçlü bir bankacılık sisteminin varlığıdır.(Bank K m1) Bu bağlamda bankacılık sistemi ile finansal piyasalar karşılıklı etkileşim içindedirler.Bu nedenle bankacılık sisteminde ortaya çıkan bir olumsuz durum finansal sistemin bütününü olumsuiz etkileyebilmekte; bunun aksine finansal sistemde meydana gelen bir olumsuz durum da bankacılık sistemini olumsuz etkileyebilmektedir.

Bu açıklamalar bir banka nezdinde doğan bankayı krize sürükleyebilme potansiyeline sahip bir zararın *'bankacılık krizlerinin bulaşma etkisi teorisi'* ile açıklanan kapsamını ve sonuçlarını ortaya koymaktadır.

Banka zararının önemini vurgulamak bakımından banka zararının kapsam ve sonuçlarının yanısıra Bankaların zarara uğrama potansiyeline sahip kuruluşlar olduklarını da eklemek gereklidir. Bu potansiyel bankaların kaynaklarının kişisel menfaatler için kötüye kullanımı bakımından daima ilgi odağı olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu kötüye kullanımların başlıca aktörleri ise genellikle bankaların yöneticileri ve denetçileri olmuşlardır. Özelikle kötü yönetim denetim yetersizliği ile birleştiğinde, bankanın krize sebep olacak ölçüde zarara uğraması kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim banka hukuku tarihi bu kötüye kullanımların sayısız örnekleriyle doludur.[144]

Bu durum karşısında devletler ilgili hukuki düzenlemelerde sözkonusu kötüye kullanımların engellenmesine yönelik düzenlemeler yapmışlardır. Türk hukukunda bu makalenin konusu ile doğrudan ilişkili olan ve bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fon'a devredilmesine neden olduklarının tespiti halide, Fon kurulu kararıyla ve Fon'un talebi üzerine mahkeme tarafından doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebileceği hükmünü içeren m 110 düzenlemesi de bu nitelikteki bir düzenlemedir. İlk bakışta, kanun koyucunun bu düzenlemede zarara sebep olan yöneticiler ve denetçiler için çok ağır gibi görünen bu şahsi iflas hükmü ile bankanın krize girmesinde kasıtlı veya en azından göstermeleri gereken özeni ve titizliği göstermemiş olan kusurlu banka yöneticileri ve denetçileri karşısında hiçbir kusuru olmadığı halde bu zarara maruz kalarak mağdur olan başta Fon ve diğer alacaklılar ile nihayetinde ülke halkını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, banka zararının kapsam ve sonuçlarına ilişkin yukarıda açıklanan gerçekler karşısında, Türk kanun koyucusunun m110 düzenlemesinde şahsi iflas sorumluluğuna hükmetmek ve menfaatler dengesini, hiçbir kusuru olmayan

[144] Dilek Cengiz; Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlenmesi, (1. Bası,Beta 2016) 103-110, 129-136.

alacaklılar lehine düzenlemekle; banka yöneticilerine ve denetçilere haksızlık yapmadığı; bilakis Fon'un,diğer alacaklıların ve nihayetinde ülke halkının ihtiyacı olan korumanın sağlanabilmesi için menfaatler dengesini bozmadığı, yöneticileri denetçileri,hukuka uygun davranmaya teşvik etmek için, bu ağır sorumluluk halinin vazgeçilmez olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında banka zararının birden fazla kişinin birlikte aldıkları karar veya işlemlerinden doğması durumunda Bank K'nın 'Şahsi Sorumluluk'başlığını taşıyan m110 düzenlemesinin ve gerekçesinin ifadelerindeki belirsizlik karşısında uygulanması gereken sorumluluğun niteliğine ilişkin kanaatimizi sistematik olarak ikiye ayrılmak suretiyle açıklayacağız. Şöyle ki:

**i-)** Öncelikle,m 110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından alınan karar ve işlemlerle meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliğine ilişkin belirsizlik karşısında müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı; diğer ifade ile kanun koyucunun m 110 düzenlemesi çerçevesinde bu durum bakımından müteselsil sorumluluğu dışlayıp dışlamadığı sorusunun cevaplandırılması gereklidir:

Kanun koyucunun, m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararına birden fazla kişinin birlikte aldıkları karar veya işlemlerle sebep olmaları durumuna ilişkin, düzenlemenin ifadesinde ve gerekçesinde hiçbir ipucuna yer vermemiş olması karşısında; bu düzenlemenin, hem Bankacılık Kanunu sistemi hem de TTK ve Türk özel hukuk sisteminin bütünü ile olan bağlantıları ile değerlendirilmesi; müteselsil sorumluluğu dışlamamış olduğu sonucuna varılmasını gerektirmektedir.Diğer ifade ile böyle bir değerlendirme kanun koyucunun iradesinin müteselsil sorumluluğun dışlanmasına yönelik olmadığını ortaya koymaktadır.Şöyle ki:

Bank. K.m 110 düzenlemesindeki sözkonusu belirsizliği Bank. K sistemindeki m2/3 hükmünde genel hükümlere yapılmış olan gönderme, ile bağlantılı olarak değerlendirelecek olursak, kanun koyucunun Bank K m110 düzenlemesini vazederken, hem Kanun'un bütününün sistemini ve genel olarak hukuk sisteminde geçerli olan temel ilkeleri (ETTK m7,336,ETBK m 50)dikkate almamış olması; hem de m 110 düzenlemesinde ifade edilen banka zararının, genellikle banka yönetim kurulunda kurul olarak birlikte alınan karar ve uygulamalar ile birden fazla kişi tarafından meydana getirildiği gerçeklerinin farkında olmaması veya bu gerçekleri dikkate almamasının mümkün olmaması gerekir.Zira bu kanun baştan sona aynı iradenin ürünü olduğu gibi; kanunlar hazırlanırken de her bir maddenin düzenlenişinde bu kanunun diğer maddeleri ile ve ilgili hukuk alanının bütünü ile sistemsel anlamda bağlantılı olarak düzenleme yapılmaktadır. Bu bağlamda hiçbir hukuki düzenleme sistemin bütünü ile olan bağlatılarından kopuk olarak hazırlanamaz ve yorumlanamaz.

Bu durum karşısında kanun koyucunun m 110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda sorumluluğun niteliğine ilişkin boşluğu bilinçli olarak bıraktığı ve doldurulmasını da m2/3 atfıyla genel hükümlere bırakmış olduğu ortaya çıkmaktadır.Eğer kanun koyucu m110 düzenlemesini sadece bireysel sorumluluk ile sınırlamak isteseydi düzenlemenin veya gerekçesinin ifadesinde banka zararının birden fazla kişinin birlikte aldıkları karar veya işlemlerle meydana getirilmiş olması durumunu, dolayısıyla müteselsil sorumluluğu dışladığına dair bir açıklığa yer verir veya banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi halini ayrı bir maddede düzenlemeyi tercih ederdi. Bunu yapmadığına göre bu durumda çözümü genel hükümlere bıraktığı açıktır.

Genel hükümlerin hangileri olduğu hususunda ise, Türk hukukunda birden fazla kişinin birlikte zarara sebep olmaları durumunda Bank K'nın hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde yürürlükte olan hukuki düzenlemeler; bu durumda,banka işletmesininbir ticari işletme olarak hukuki işlemlerinin ticari iş niteliğinde olması ve hukuki türünün de AO olması itibarıyla ETTK'nın m 7; m336; m342 düzenlemeleridir. Bunların yanısıra ETBK'da da temel ilke olarak birden fazla kişinin birlikte zarara sebep olmaları durumunda müteselsil sorumluluğun doğacağı düzenlenmiştir. Durumu yürürlükte olan hukuki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirecek olursak; gene Bank K'nın hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde olduğu gibi bu gün de birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebep olmaları durumunda, temel ilke olarak TTK m 7,m557 ve TBK m61 düzenlemelerinde müteselsis sorumluluğun doğacağına hükmedilmiştir.

Bu durumda m110 düzenlemesi çerçevesinde uygulanması gereken müteselsil sorumluluk ilkesinin hukuki dayanağını oluşturan genel hükmün hangisi olması gerektiği sorusu cevaplanmalıdır.

Bunun için öncelikle, birden fazla kişinin birlikte sorumlu oldukları durumlar bakımından; öncelikle*'Ticari işlerde teselsül karinesi'* adı verilen,TTK sisteminin en temel ilkelerinden olan ilkeyi içeren m7 /1, c.1 düzenlemesi irdelenmelidir. Bu düzenlemede: *'İki veya daha fazla kişi içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari iş niteliğini haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar.'*.[145] hükmünü içermektedir.[146]

[145] Bu düzenleme içeriği itibarıyla ETTK7. m 7/1düzenlemesi ile aynıdır. Bu düzenleme düzeltme amaçlı şekli bazı değişikler yapılarak TTK m7 'ye aktarılmıştır. Örneğin: E TTK m 7 /1 düzenlemesindeki 'müştereken sözcüğü yanlış anlamalara yol açtığı özellikle kefaleti çağrıştırdığı için *'birlikte'* sözcüğü ile değiştirilmiştir.Ayrıca metne *'kanunda'* sözcüğü eklenerek öğretide eleştirilen bir eksiklik giderilmiştir. TTK m7'nin madde gerekçesi.

[146] Ticari işlerde teselsül karinesine ilişkin açıklamalar için bkz Hüseyin Ülgen,Mehmet Helvacı ,Arslan Kaya ve Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, (6. Bası, Vedat 2019) 75-79.

Ticari işlerin hangileri olduğu ise TTK m 3'te düzenlenmiştir. TTK sisteminde *'Ticari işler'* başlığı altında yer alan m3 düzenlemesinde : TTK'da düzenlenmemiş olsa dahi bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem veya fiillerin ticari iş niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir.

TTKm7/1 ve m3 düzenlemeleri ile bağlantılı olarak değerlendirilecek olursa Bank K m 110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte alınan kararlar veya işlemler ile meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun en sağlam hukuki dayanağını, kanaatimizce, *'Ticari işlerde teselsül'* karinesi hükmünü içeren TTK m 7/1 düzenlemesi oluşturmaktadır. Şöyle ki:

Banka AO bir ticari işletmedir(TTKm11). Bank K m110 düzenlemesi çerçevesinde banka yönetici veya denetçilerinin birlikte aldıkları kararlar veya işlemler; Banka AO'nı yani bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi sebebiyle ticari iş niteliğindedir (TTKm3). Bu durumda banka zararından doğacak olan sorumluluk da m 7/1 düzenlemesi hükmü gereği müteselsil sorumluluk olacaktır. Sonuç olarak bütün bu sebeplerle m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişinin birlikte aldıkları kararlar veya işlemlerden doğmuş olması durumunda dogacak olan müteselsil sorumluluğun hukuki dayanağını TTKm7/1 düzenlemesi oluşturacaktır.

**ii-)** İkinci olarak, m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişitarafından alınan karar veya işlemlerle meydana getirilmesi durumunda uygulanması gereken müteselsil sorumluluk türünün ve bunun hukuki dayanağının hangi düzenleme olması gerektiği sorusu cevaplanmalıdır. Açık ifade ile bu durumda TBK m 61 düzenlemesindeki tam teselsül ilkesi mi yoksa TTK'nın AO'larda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTKm557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsül ilkesi mi yoksa tam teselsül ilkesi mi uygulanacaktır?

Bu sorunun cevaplanabilmesi için öncelikle Kanun koyucunun bu düzenlemeyi vazederken hangi tür müteselsil sorumluluğun uygulanması gerektiği hususunda taşıdığı irade ve m 110 düzenlemesinin amacı dikkate alınmalıdır.

Kanun koyucunun bu hususdaki iradesinin belirlenebilmesi için m 110 düzenlemesinin hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde yürürlükte olan ETBK ve ETTK'da düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk türleri belirlenmelidir. Bu dönemde hem ETBK m50, hem de ETTK m336-342 düzenlemelerinde ve ETTKm7 düzenlemesinde de tam teselsül ilkesi düzenlenmiştir.

Bu durum karşısında bu düzenlemelerin yürürlükte olduğu dönemlerde yapılacak yorumlar bakımından m110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte alınan karar veya işlemler ile meydana getirilmiş olması durumunda müteselsil sorumluluğun hangi türünün uygulanması ve hukuki dayanağının yürürlükteki genel hükümlerden hangisi olması gerektiği hususuna

ilişkin tartışmaların pratik yararı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, m110 düzenlemesinin hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmiş olması durumunda müteselsil sorumluluğun hangi türünün uygulanacağı hususundaki iradesinin tam teselsül sorumluluğuna yönelik olduğu çok açık ve nettir. Zira bu dönemde farklılaştırılmış teselsül sorumluluğuna hükmeden bir hukuki düzenleme bulunmadığı gibi hukuk literatüründe böyle bir kavram da bulunmamaktadır.

Ancak bugün yapılacak yorumlar bakımından durum değişmiştir.Çünkü İsviçre AO'lar hukukunda 1991'de yapılan reform ile yürürlüğe konulan Isv BK m759 düzenlemesinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi düzenlenmiş ve daha sonra bu ilke 6102 S TTK 'nın AO'larda

yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin m 557 düzenlemesi ile Türk hukukuna aktarılmıştır. Diğer ifade ile bugün yürürlükteki TBK sisteminde hala tam teselsül sorumluluğu genel hüküm olarak dururken(m61) TTK Sisteminde AO'lara ilişkin genel hükümlerden olarak AO yönetim kurulu üyelerinin sırumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül ilkesi kabul edilmiştir (m557).

Bu durum karşısında bugün m110 düzenlemesi bakımından genel hükümlerden olarak TBK m 61 düzenlenlemesinin mi yoksa TTK'm 557 düzenlemesinin mi tercih edilmesi gerektiği hususunda m110 düzenlemesi ile korunmak istenen yarar yani bu düzenlemenin amacı yol gösterici olmaktadır.Şöyle ki:

Bank K m110 düzenlemesinin amacı, ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere kişisel menfaatleri uğruna kötüniyetli veya en azından gereken özeni ve titizliği göstermemiş olanyöneticiler ve denetçiler karşısında davacı tarafta yer alan hiçbir kusuru olmayan Fon'un, diğer alacaklıların ve nihai olarak ülke halkının çıkarlarının korunmasıdır. Bu amaç ile örtüşen müteselsil sorumluluk türü ise tam teselsül sorumluluğudur. Çünkü tam teselsül sorumluluğunda borçlu taraf kusur derecesi gibi kişisel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürme imkanına sahip değildir ve alacaklılar tarafından kişisel indirim sebepleri dikkate alınmaksızın borçluların herhangi birinden alacağın tamamının veya bir kısmının talep edilmesi imkanını sunulması suretiyle alacaklıların yani davacı tarafın korunması amaçlanmaktadır.

Bu durum karşısında öncelikle m110 düzenlemesinin hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde de kanun koyucunun yukarıdaa çıkladığımız tam teselsül sorumluluğuna yönelik iradesi ile düzenlemenin amacının örtüştüğü ortaya çıkmaktadır. Aksi halde m110 düzenlemesinin kendi içinde bir çelişki meydana gelirdi.

Ancak bugün yapılacak yorumlar bakımından TTK'nın AO'larda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m 557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış

teselsül sorumluluğunun mu yoksa TBK sisteminde hala varlığını koruyan tam teselsül sorumluluğunun mu (TBK m61) tercihi gereklidir? Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda bu müteselsil sorumluluk türlerinden hangisinin daha adaletli olduğunun ve hükmün [147]amacına daha uygun olduğunun değerlendirilmesi gereklidir. Bu değerlendirme bu makalenin konusunu oluşturan hukuki sorunun da cevabını da oluşturacaktır.

Banka zararının ülke genelinde veya ülke sınırlarını da aşarak Dünya üzerinde bölgesel bir ekonomik krize kadar varabilen sonuçlarının kapsamına ve nihai sonuçlarına ilişkin yukarıdaki açıklanan gerçekler karşısında, zarar veren yöneticiler ve denetçiler için tam teselsül sorumluluğunun sonuçlarının ağır olmayacağıaçıktır..Bu bağlamda bir bankada yöneticilerin veya denetçilerin; sonuçları m71 düzenlemesinin uygulanmasına yani bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fon'a devredilmesine varacak kadar, diğer ifade ile bankayı krize sokacak kadar; kanuna aykırı karar almamak, işlem veya eylem yapmamak için azami özen göstermeleri gerektiği kuşkusuzdur. Eğerbu özeni göstermeyerek bankayı zarara uğratarak krize sokmuşlarsa;tam teselsül sorumluluğuna tabi kılınmalarının kendileri için çok ağır ve adaletsiz olmayacağı açık tır. Bu itibarla menfaatler dengesinin bozulması da sözkonusu değildir. Bu düzenlemenin caydırıcı niteliği ve kanun koyucunun iradesi de tam teselsül sorumluluğuna yönelik olup düzenlemenin amacı da bunu gerektirmektedir. . Bu durumda m110 düzenlemesi çerçevesinde uygulanması gereken müteselsil sorumluluk ilkesinin hukuki dayanağını; Banka AO'nın tüzel kişi tacir olması, bu bağlamda borçlarının ticari iş niteliğinde olması (TTKm 3,19)itibarıyla TTK m7 düzenlemesi oluşturacaktır.Zira TTK sistemine göre:Bir tacirin borçlarının ticari olması kuraldır(m19).Ticari işlerde müteselsil sorumluluk kuraldır(TTK m7) Adi işlerde ise müteselsil sorumluluk istisnaidir.Adi işlerde ancak taraflarca açıkça kararlaştırılmış olması koşuluyla müteselsil sorumluluk olabilecektir(TBK m162).

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ise borçluların menfaatlerine üstünlük tanıyan bir müteselsil sorumluluk türüdür. Bu nedenle, farklılaştırılmış teselsül sorumliuluğu tam teselsülün hakkaniyete aykırı sonuçlarını dengeleyen bir müteselsil sorumluluk türü olarak ortaya çıkmış olmakla beraber; m110 düzenlemesinin özüne ve amacına uymamaktadır. Tam tersine kanun koyucunun korumaya çalıştığı yararı ve kanun koyucunun iradesini ihlal etmektedir. Zaten m110 düzenrlemesi çerçevesinde borçlu tarafın korunmaya muhtaç bir menfaati de bulunmamaktadır. Bu nedenle m110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmiş olması durumunda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması bankaya zarar veren ve genellikle az da olsa kusurlu olan kişilerin ödüllendirilmesi anlamına gelecektir. Bu da kanun koyucu veya hiçbir hukukçu tarafından istenmemesi gereken bir sonuçtur.

147 Helvacı Farklılaştırılmış Teselsül (n7) 95.

Diğer taraftan öğretide, farklılaştırılmış teselsül ilkesine yönelik genel eleştirilerde de farklılaştırılmış teselsülün böyle durumlarda uygulanmasının hakkaniyete uygun olmayacağı, dolayısıyla menfaatler dengesini bozacağı önemle vurgulanmaktadır.[148]

Bu görüşe göre bir mağduriyet sözkonusu olacaksa kurul halinde çalışan kişiler bakımından mağduriyetin kurul üyeleri üzerinde kalması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Özellikle banka yöneticileri açısından yukarıda vurguladığımız gibi sonuç itibarıyla mağdur taraf yani Fon ve diğer alacaklıların, kusursuz olmalarına karşın; yöneticiler veya denetçiler özen yükümlülüklerini yerine getirmeyerek az da olsa kusurlu olacaklardır.Bu sebeple farklılaştırılmış teselsülün davacının hiç mağdur olmadığı durumlara özgülenmesi gerektiği; eğer ödeme imkansızlığı veya güçlüğü sebebiyle davacı mağdur olacaksa; tam teselsül sorumluluğunun tercihinin adalete daha uygun olacağı önerilmektedir.[149]

Sonuç olarak m 110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun müteselsil sorumluluk ; bu sorumluluun hukuki dayanağının da TTKm7 düzenlemesi olduğu;mütesesil sorumluluğun türünün ise; tam teselsül sorumluluğu olması gerektiği kanaatindeyiz.Bu durumda tam teselsül sorumluluğunun hukuki dayanağı TBK m 61 düzenlemesidir. Bu sonuç hem kanun koyucunun iradesine ve m110 düzenlemesinin amacına hem de hakkaniyetin gerektirdiği menfaatler dengesine uygundur. Tam teselsül sorumluluğunun haksız sonuçlarına ilişkin eleştiriler de bu durumda geçerli değildir. Zira banka işletmesinde yönetici veya denetçi olmanın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğü ile banka kaynaklarının kişisel menfaatler için kötüye kullanılmasına ilişkin gerçekler ve bundan doğacak zararın büyüklüğü adaletin gerektirdiği menfaatler dengesinin alacaklılar lehine ağır basmasını gerektirmektedir.

Bu sonuç öğretide ileri sürülmüş olan farklılaştırılmış teselsülün davacının hiç mağdur olmadığı durumlara özgülenmesi gerektiği; eğer ödeme imkansızlığı veya güçlüğü sebebiyle davacı mağdur olacaksa; tam teselsül sorumluluğunun tercihinin adalete daha uygun olacağı önerisinin[150] haklılığını ortaya koymaktadır.

Bu sonuçlara karşılık eleştiri olarak Banka işletmesinin zorunlu hukuki türünün AO olması(m7/1,a) nedeniyle bu hukuki sorun bakımından genel hüküm olarak TTK'nın AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin m557 düzenlemesinin öncelikli olduğu ve AO'lar hukukunda yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan yürürlükteki güncel sorumluluk ilkesinin farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu olduğu; dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

148 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n7) 94-95.

149 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n7) 94-95.

150 Helvacı, Farklılaştırılmış Teselsül (n7) 94-95.

Böyle bir muhtemel eleştiriye karşılık, m110 düzenlemesinin yürürlüğe girdiği dönemde iletişim teknolojisini ve finansal piyasaların küreselleşmesi olgusunun; dolayısıyla da banka zararı kavramının kapsam ve sonuçlarının bugüne kıyasen daha küçük boyutlu olduğunu; eğer o dönem dahi tam teselsül kabul ediliyorsa; bugün sözkonusu kapsam ve sonuçların çok daha büyük boyutlara ulaşmış olması nedeniyle öncelikle tam teselsül ilkesinin uygulanması gerektiği cevabını vermek gereklidir. Aksi halde m110 hükmü tersine çevrilerek zarar veren genellikle az dahi olsa kusurlu olan borçlular ödüllendirilmiş olacaktır. Bu bağlamda tam teselsül ilkesinin hukuki dayanağını TBK m 61 düzenlemesi oluşturacaktır.

## Sonuç

Yukarıdaki açıklamalarımızda 5411 S Bank K'nın yöneticilerin ve denetçilerin şahsi iflas sorumluluğunun düzenlendiği m110 düzenlemesindeki banka zararının .birden fazla kişi tarafından birlikte aldıkları kararlar veya işlemlerle meydana getirilmiş olması durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliğine ilişkin kanun boşluğunun nasıl doldurulması gerektiği sorunu öğretideki farklı görüşlere ve karşılık eleştirilere yer verilmek suretiyle ayrıntılı olarak irdelenmiş ve açıklanmıştır.Bu açıklamaları karşısında sorunun çözümüne ilişkin ulaştığımız başlıca sonuçlar şunlardır:

**i-)** Kanun koyucunun Fon'u, diğer banka alacaklılarını, nihayetinde ülke halkını; bankayı krize sokacak ölçüdeki banka zararlarının ağır sonuçlarından korumak amacıyla; banka yöneticileri ve denetçileri için şahsi iflas sorumluluğuna hükmettiği Bank K m110 düzenlemesinde banka zararının birden fazla yönetici veya denetçi tarafından birlikte aldıkları kararlar veya işlemlerle meydana getirmiş olmaları durumunda doğacak olan sorumluluğun niteliği hakkında düzenlemenin ve gerekçesinin ifadelerinde hiçbir açıklamaya yer vermeyerek; bu kanun boşluğunun doldurulmasını Bank K m 2/3 hükmü atfıyla genel hükümlere bırakmıştır.

Türk hukukunda, genel hükümlerden olarak ETTK (m7,m336,m342), TTK(m7,m557),ETBK(m50)ve TBK m 61 düzenlemelerinde bir zararın birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirilmiş olması durumlarında temel ilke olarak müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanacağına hükmedilmiştir.Kanun koyucunun m110 düzenlemesi bakımından müteselsil sorumluluk ilkesinden vazgeçtiğini veya bu ilkeyi dışladığını; diğer ifade ile m110 düzenlemesinde sadece bir kişi tarafından meydana getirilen bireysel zararı düzenlemiş olduğu düşünülemeyecektirÇünkü .eğer böyle olsaydı kanun koyucunun böyle bir sınırlamayı düzenlemenin ifadesinde veya gerekçesinde dolaylı dahi olsa belirtmesi gerektiği gibi böyle bir iddiayı destekleyecek hiçbir veri de bulunmamaktadır.

Bu düzenlemenin başlığındaki *'Şahsi Sorumluluk'* ifadesi bireysel sorumluluk ile sınrlandırıldığının kabulü için yeterli değildir. Düzenlemenin ve gerekçesinin

ifadelerinde böyle bir sınırlamayı destekleyecek hiçbir sağlam veri bulunmamaktadır. Diğer taraftan m110 düzenlemesi çerçevesinde yöneticiler veya denetçiler tarafından meydana getirilen zararlar, genellikle birden fazla kişinin işbirliği içinde olmalarını gerektirmektedir.Yönetim kurulu zaten kurul olarak karar almaktadır. Kanun koyucu böyle bir gerçek karşısında bu düzenlemeyi sadece bir kişi tarafından meydana getirilen zararlar ile sınırlamış olmamalıdır veya olmaması gereklidir.Nitekim m 110 düzenlemesinin metninde de çoğul ifade yer almaktadır. Bu durumda m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişinin birlikte aldıkları kararlar veya işlemler ile meydana getirilmiş olması durumunda, uygulanması gereken müteselsil sorumluluğun hukuki dayanağını; ticari iş kavramını ve kapsamını düzenleyen TTKm3 düzenlemesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi suretiyleticari işlerde teselsül karinesi hükmünü içerenTTKm7/1düzenlemesi oluşturmaktır.

**ii-)**Bank K m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararını birden fazla kişinin meydana getirmesi durumunda uygulanması gereken müteselsil sorumluluk türü ise tam teselsül sorumluluğu olmalıdır. Çünkü m110 düzenlemesinin yürürlüğe girdiği dönemde Türk hukukunda genel hükümler olarak hem TTK (m336-342) hem de TBK(m50) düzenlemelerinde sadece tam teselsül ilkesi düzenlenmiştir. Bu dönemde henüz farklılaştırılmış teselsül ilkesi henüz Türk pozitif hukukuna girmemiştir. Diğer taraftan borçlulara kişisel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürme imkanı vermeyerek alacaklıların korunmasını amaçlaması itibarıyla,tam teselsül ilkesi ile Fon'un ve diğer banka alacaklılarının korunmasını amacını taşıyan m110 düzenlemesi amaçları bakımından da paraleldir.

**iii-)**Bugün yapılacak yorumlar bakımından ise, m110 düzenlemesindeki kanun boşluğunun, genel hükümlerden olarak İsv Borçlar Kanunu m759 düzenlemesinden aktarılmış olan TTKm557 düzenlemesindeki farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mi yoksa TBK m61 düzenlemesindeki tam teselsül ilkesiyle mi doldurulması gerektiği; hususunda; TBK m61'e dayanılarak tam teselsül ilkesinin tercih edilmesi gerektiği kannatindeyiz. Çünkü farklılaştırılmış teselsül ilkesi m 110 düzenlemesinin amacına aykırı olduğu gibi kanun koyucunun iradesine de aykırıdır.Bu durumda banka hukukunun dinamik niteliği, kanun koyucunun o dönemdeki iradesinin bertaraf edilmesi suretiyle yorum yapılmasını haklı kılmamaktadır. Çünkü farklılaştırılmış teselsül ilkesi Fon'un diğer alacaklıların nihayetinde ülke halkının korunması amacının gerçekleştirilmesi ve banka yönetici ve denetçilerinin banka zararından caydırılması amaçlarına uymamaktadır. Tam tersine bu amaçların ihlaline sebep olacak niteliktedir.Bu amaçları tatmin eden tam teselsül ilkesidir. Borçlulara kişisel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürme imkanı veren farklılaştırılmış teselsül ilkesinin amacı borçlu tarafı korumak tam borçlulara kişisel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürme imkanı vermeyen tam teselsül ilkesinin amacı ise aynen m110 düzenlemesinde olduğu gibi alacaklı tarafı korumaktır. Üstelik tam teselsül ilkesi

banka zararının kapsamı ve sonuçları karşısında çok ağır bir sorumluluk olarak da değerlendirilemez. Zira banka zararının kapsam ve sonuçlarının ağırlığı hakkaniyetin gereği olarak menfaatler dengesinin alacaklılar lehine ağır basmasını gerektirmektedir. Nitekim m110 düzenlemesinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kanun koyucu da bunu tercih etmiştir. Bu durumda farklılaştırılmış teselsül ilkesinin tercihi ise;kanun koyucunun korumayı amaçladığı hiçbir kusuru olmayan Fon'u, diğer alacaklıları ve nihayetinde ülke halkını mağdur ettiği gibi;genellikle kişisel menfaatleri uğruna bankayı zarara uğratan kötüniyetli veya özen yükümlülüğünü olması gerektiğince yerine getirmemiş olmaları itibarıyla az da olsa kusurlu banka yöneticileri ve denetçilerini ödüllendirmektedir.Diğer ifade ile farklılaştırılmış teselsül ilkesinin tercihi, m110 düzenlemesinin tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir.Bu gerekçelerle m110 düzenlemesi çerçevesinde banka zararının birden fazla kişi tarafından alınan karar veya işlemlerle meydana getirilmiş olması durumunda tam teselsül ilkesinin uygulanmasının hukuki dayanağını TBKm61 düzenlemesi oluşturacaktır.

**iv-)** Bank K m110 düzenlemesi çerçevesindeki banka zararının birden fazla yönetici veya denetçi tarafından meydana getirilmiş olması durumunda tam teselsül sorumluluğu ilkesinin; hem yöneticilerin kendi aralarında hem de yöneticiler ile denetçiler arasında ya da yöneticiler veya denetçiler ile hakim ortaklar arasında da uygulanması mümkündür.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akdağ Güney N, 'Bankalar Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül (DifferenzierteSolidaritat)Düzenlemesi ile Karşılaştırılması' Prof Dr Hüseyin Ülgen'e

Armağan (1. BasıVedat 20071207-1240). (Şahsi Sorumluluk)

Akdağ Güney N, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu* 1.Bası (Vedat 2012). (Yönetim Kurulu)

Akıntürk T, *Müteselsil Sorumluluk,* (1.Bası AÜHF 1971).

Altay S A,'Anonim Ortaklıklar Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül'(2019) 14(151) THD 68-75

Alıcı Y, *Bankacılık Kanunu Şerhi*(1.Bası Beta 2007).

Arslan F, 'Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Bireysel Sorumluluğun Belirlenmesi' (2021) 9(2) SÜHFD 165-195.

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku(13. Bası, Beta,2019).

Battal A, *Bankacılık Kanunu Şerhi* (1.Bası Seçkin 2006). (Şerh)

Battal A, 'Farklılaştırılmış Teselsül Kuralının Banka Yöneticilerinin Sorumluluğu Örneği Üzerinden Uygulanması', (2022) ( Özel Sayı)HÜHFD 1-35. (Farklılaştırılmış Teselsül)

BDDK Çalışma Tebliği, 'Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi', Eylül-2010 Ankara 1-17 http://bddk.org.tr Erişim Tarihi25.Mart.2015.

Bozkurt T, *Şirketler Hukuku*,(1.Bası,Legem 2019).

Caner Şahin A, *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk,1.* Bası*(*XII Levha 2017).

Cengiz D, *Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlenmesi*, (1. Bası,Beta 2016).

Çamoğlu E, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (*2.BasıVedat 2007) ( Hukuki Sorumluluk)

.Çamoğlu E, 'Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları', 2011 27(1) BATIDER 5-17. (İflasın Koşulları)

Çamoğlu E,'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu'Prof Dr Şener Akyol'a Armağan (1.Bası Filiz 2011) 407-411. (Yönetim Kurulu )

Çamurcu E, *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi* (1. Bası XII Levha 2015).

Çolak Ö F ve Eser K, *Finansal Sistem ve Bankalar* (1.Bası Nobel 1999).

Çolak, Ö F ve Eser K,'Makro Açıdan Türkiye'de Bankacılık Krizleri' Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Paneller(1. Bası AÜBTHE 26-27 Kasım 2004).

Dalcı Özdoğan N, *Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK m61 ve m162 vd Hükümleri Bağlamında),* (1.Bası Seçkin 2015).

Demiryas Caymaz N, *Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu(*1.Bası Vedat 2009).

Doğrusöz H, *Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu* (1. Bası Vedat 2010).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* 10.Bası,Yetkin 2008.

Esen O, 'Türk Bankacılık Sektörü' Türkiye Ekonomisi: Sektörel Analiz(içinde)Derleyen Ahmet Şahinöz, (1.Bası İmaj 2001).

Göktürk,K C ve Çelebi M,' Farklılaştırılmış Teselsülün Özellikle Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanunu'nun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması'(2011)2(2) İnÜHFD, 247 283.

Göktürk K, *Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu(Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk*(1.Bası,Adalet 2013).

Gürsoy,K, 'Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu' Prof Dr Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı,1. Bası(AÜHF 1975) 57-83.

Helvacı M, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu***,(**1. Bası, Beta, 1995). (Hukuki Sorumluluk)

Helvacı,M, 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması' Prof Dr Hayri Domaniç'e Armağan,Cilt 1 (1, Bası Beta 2001) 217-232. (Müteselsil Sorumluluk)

Helvacı M, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül', (Prof Dr Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu (26Ekim 2013),10(2) GÜHFD 77-96.(Farklılaştırılmış Teselsül)

Işık S, 'Bankacılık Kanununa Göre Banka Yöneticileri Aleyhine Açılan Şahsi İflas Davasında Bankaya Verilen Zararlarla Sınırlı Sorumluluk Prensibinin Hukuki Niteliği ve İflas Yargılaması Bakımından Arz Ettiği Önem'Başak Baysal(Ed) Sorumluluk Hukuku, Seminerler Makaleler,1. Bası (XII Levha2017) 189-225.

İşeri M, *Son Finansal Krizler Ertesinde Türkiye'de Bankacılık* (1.Bası Türkmen 2004).

Kansu A, *Gelişmekte Olan Ülkelerde Finansal Krizlerin Nedenleri*(1. Bası Der 2002) 26-28.

KarayalçınY, 'İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar Yasal Gelişmeler', (2007)65(4 )ABD 107-119.

Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler***,** (2. Bası XII Levha 2012).

Koç,H, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış'2020 3(1) NEÜHFD, 62-82.

Kostakoğlu C, *Bankacılık Mevzuatı* (1.Bası Beta,2002).

Mimaroğlu S K, *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti* (1. Bası Sevinç 1967)

Oğuz S,'Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları**',** (2017) 8(1) İnÜHFD 255-286.

Oğuzman K ve Öz, M T, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (*7. Bası Vedat 2009).

Oğuzman K ve Öz,M T,*BorçlarHukuku,GenelHükümler* C.ilt:2(15.Bası Vedat,2020).

Önder T, Batan Bankalar Bağımsız Denetim veMeslek Ahlakı (1.Bası,Beta,2001).

Poroy R,Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (7. Bası Beta 2007).

**P**oroy R,Tekinalp Ü ve Çamoğlu E**,** *Ortaklıklar Hukuku I***,**(14.Bası, Vedat,2019).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5.Baskı Adalet 2017).

Reisoğlu S, *Bankacılık Kanunu Şerhi* Cilt 2 (2.Bası,Seçkin 2015).

Serengil Ş O,*Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül,* Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, YayımlanmamışYüksek Lisans Tezi, (İstanbul,2010).

Tandoğan, H, *Türk Mesuliyet Hukuku* (1.Bası AÜHF,1961).

Taşdelen, S, *Bankacılık Kanunu Şerhi* 1.Bası, Turhan, 2006.

Tekinalp Ü,*Fondaki Bankanın Hukuku* (1.Bası Lebip Yalkın 2003). (Fondaki Banka)

Tekinalp Ü, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları* (2. BasıVedat 2009). (Banka Hukuku)

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* ( 4.BasıVedat 2015). (Yeni Hukuk)

Tekinay S S,Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku* (6. Bası Filiz 1988).

Uyar, S, *Bankacılık Krizleri***,** (1.Bası Ziraat 2003).

Tunay Batu, 'Türk Bankacılık Sektöründe Rekabet ve Kırılganlık', Bankacılar Dergisi 2009

Ülgen H. Helvacı M,Kaya, A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku*,(6.Bası, Vedat 2019). (68) 30-33.

Üstün Ö, *Bankacılık Krizleri ve Türk Bankacılık Sistemi,* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Yasaman H, 'Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilecek Sorumluluk Davaları' 2013 2(2) GÜHFD 97-112.

Yördem Y, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi*,(2. Baskı Seçkin 2022).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1059-1099

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0005
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

**Başvuru:** 18.05.2024
**Revizyon Talebi:** 19.05.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 18.09.2024
**Kabul:** 08.10.2024
**Online Yayın:** 30.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# Konut Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler İle Kiraya Verenin Uyarlama Talebinin Değerlendirilmesi

**Duygu Koçak Diker***

**Öz**

Ülkemizde 2018 yılından itibaren derinleşen ekonomik kriz ve yüksek enflasyona bağlı olarak paranın reel değeri aşırı şekilde düşmüş, inşaat maliyetleri artmış ve mevcut konut stoku barınma ihtiyacının giderilmesinde yetersiz kalmıştır. Bu gelişmeler kira bedellerinde fahiş yükselişe sebep olmuş ve muhtemel bir barınma krizinin önüne geçebilmek için konut kiralarında yenilenen dönem kira bedeli artışlarına ilişkin TBK m.344 hükmünde değişiklikler yapılmıştır. Belirli istisnalar dışında kira bedelinin yabancı para ile belirlenmesi yasaklanmış, kira bedeli artış oranının üst sınırı olan ÜFE artış oranı yerine TÜFE artış oranı kabul edilmiş, son olarak da geçici süre ile TÜFE yerine artış oranı yüzde yirmi beş ile sabitlenmiştir. Kiracının korunması amacıyla devletin ekonomik kamu düzenine müdahalesi niteliğindeki bu değişiklikler, belirli dönemlerdeki sözleşmeler bakımından kira bedellerinin aşırı derecede düşük kalmasına ve kiraya verenler aleyhine edimler arasında dengesizliğe yol açmıştır. Konut kirasının sıkı şartlara tabi sona erme rejimi nedeniyle sözleşmeye devam etmeye mecbur kalan kiraya verenler ise TBK m.344/III'e dayalı kira bedelinin belirlenmesi davalarına, bu davaların şartlarının oluşmadığı durumlarda da TBK m.138'e dayalı uyarlama davalarına yönelmişlerdir. Ancak sözleşmenin değişen durumlara uyarlanmasının, TBK m.138'de kaynak BGB § 313/I'den farklı şekilde yalnızca aşırı ifa güçlüğüne özgülenmesi ve özellikle artış oranlarının yüzde yirmi beş ile sabitlenmesi karşısında, kiraya veren tarafından kira bedelinin uyarlanmasının talep edilip edilemeyeceği konusunda tereddütler oluşmuştur. Çalışmada amacımız özellikle bu noktalarda, kaynak BGB § 313/I hükmünü göz önünde tutarak kiraya veren tarafından ileri sürülen uyarlama taleplerinin şartlarının ortaya konulması ve edimler arası dengesizliğin TBK m.138 uyarınca uyarlama sebebi olarak ele alınıp alınamayacağının belirlenmesinden oluşmaktadır.

**Anahtar Kelimeler**

Enflasyon, Kira Bedeli, Uyarlama, Edimler Arası Dengesizlik

## Legal Provisions Regarding The Determination of The Rental Price in Residential Rents and The Evaluation of The Renter's Claim for Adaptation

**Abstract**

Since 2018, due to the economic crisis and high inflation, the real value of money has decreased dramatically, construction costs have increased and the current housing stock has been insufficient to fulfil the housing needs. These conditions have also affected the rental price and Article 344 of the TCO has been amended in order to prevent a possible housing crisis. With exceptions, the determination of the rental price in foreign currency has been prohibited, the CPI increase rate has been accepted instead of the PPI increase rate and the rate of increase is temporarily fixed at twenty-five per cent instead of the CPI. These amendments, which functioned as the state's intervention in the economic public order in order to protect the tenant, caused the rental prices to remain excessively low in terms of lease agreements for certain periods and an imbalance between the performances against the renters. The renters, who are obliged to continue the contract due to the strict termination regime of the residential lease, have filed lawsuits for the determination of

* **Sorumlu Yazar:** Duygu Koçak Diker (Dr. Öğr. Üyesi), Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye. E-posta: duygu.kocak@kocaeli.edu.tr ORCID ID: 0000-0001-6915-5236.

**Atıf:** Kocak Diker D, "Konut Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Düzenlemeler İle Kiraya Verenin Uyarlama Talebinin Değerlendirilmesi" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1059. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0005

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

the rental price based on Article 344/III of the TCO, and in cases where the conditions of these lawsuits are not met, they have filed lawsuits for the adaptation of the rental price based on Article 138 of the TCO. The purpose of this study is to determine the conditions of the renter's claim for adaptation of the lease price by taking into consideration the source BGB § 313/I and to determine whether the imbalance between the performances can be considered as a reason for adaptation in accordance with Article 138 of the TCO.

**Keywords**
Inflation, Rental Price, Adaptation, Imbalance With Performance

## *Extended Summary*

After the economic crisis that accelerated in our country following 2018, due to rising inflation and exchange rate shocks, Article 344 of the Turkish Code of Obligations (TCO) regarding the determination of rent for residential and roofed workplaces underwent changes aimed at protecting tenants. Following these changes, starting rental prices have reached exorbitant amounts, comprehensive guarantees have started to be demanded from tenants and renting residential properties without an eviction commitment letter has become nearly impossible. Multiple limitations on the maximum rent increase rate for renewed rental periods has led to excessive differences between the residental rents renewed after the change took effect on June 11, 2022, and rental agreements renewed or established before that date. While the parties determined the starting rental prices and the increase rates for renewed periods based on the ongoing economic data, the rental prices for renewed periods affected by the legal changes, which entered into force due to the economic crisis, have remained below inflation. Due to the strict termination regime for residential rents, lessors unable to terminate the contracts have started filing lawsuits for the determination of rental prices for rents longer than five years that have significantly decreased in real value against inflation, based on Article 344/III of the TCO. In cases where the conditions for these lawsuits are not met, they have begun to file rent adjustment lawsuits based on Article 138 of the same code. It is a well-known fact that this situation reflects a heavy workload on the judiciary and disputes regarding the rental prices increase day by day.

The core of our study is the lawsuits filed by lessors regarding adaptation of rental prices. Since adaptation, has the nature of intervention in the contract, is considered as a last resort (ultima ratio) and closely related to the rent amount; it has been preferred to examine the provisions related to the determination of the rental price. During the period governed by the Turkish Code of Obligations No. 6098, the enactment of Article 344, which has special provisions for determining renewed rental amounts in roofed workplaces rents, diminished the significance of lawsuits regarding the adaptation of rental prices in such leases. However, changes made to this provision later have made adaptation of rental prices as a necessary institution again.

It is considered that the German law, which is dominated by the theory of the transaction basis, has been used as a reference in the structuring of Article 138 of the TCO regarding adaptation. It is also accepted that when examining the conditions for adaptation under Turkish law, interpretation should be based on this theory. Therefore, in our study, while the conditions for the lessor's request for adaptation of the rental price under Article 138 of the TCO have been examined, article § 313 of the German Civil Code (GCC) is taken into consideration. Unlike § 313/I of the GCC, the adaptation of contracts to changing circumstances under Article 138 of the TCO is specifically limited to hardship among the groups of events related to the collapse of the basis of the transaction. This distinction is particularly significant regarding the lessor's claim for adaptation of the rental price. The fact that rental price remains too low in the face of inflation does not indicate hardship for the lessor; rather, it creates an imbalance between the parties' obligations. The fact that Article 138 of the TCO regulates only hardship has been rightly criticized and caused dissidence regarding its field of application. According to another view that we support, considering that the legal basis for hardship is the theory of the collapse of the transaction basis, the scope of Article 138 of the TCO should be interpreted broadly to include the disruption of the balance between obligations.

The purpose of this study is to establish the conditions under which a lessor can request an adaptation of the rental price, using § 313 of the GCC as a reference. The first condition for adaptation is that an unforeseen and unforeseeable event at the time of the conclusion of the contract, must cause a fundamental change in the objective conditions of the transaction. The event that causes the change in circumstances must be objective in nature and capable of leading to the collapse of the transaction basis concerning the contract in question. In this context, the fundamental change refers to the imbalance between the parties' obligations. Finally, the lessor must not have fulfilled their continuing primary obligation; in other words, the contract must not have ended.

## Giriş

Ülkemizde 2018 yılından itibaren derinleşen ekonomik kriz ve yüksek enflasyona bağlı olarak paranın reel değeri aşırı şekilde düşmüştür. Bu yeni durum en ağır etkilerini, konut ve çatılı işyeri kiralarında göstermiştir. Yenilenen dönem kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m.344 hükmünde, kiracının ekonomik kriz ve artan enflasyonun etkilerinden korunması amacıyla değişiklikler yapılmıştır. Hükmün 1.7.2012 itibariyle yürürlüğe girdiği tarihteki metninde, yenilenen dönemlerdeki kira bedeli artışlarına getirilen üst sınır üretici fiyat endeksi olarak belirlenmişken, 7161 sayılı Yasanın m.56 ile 1.1.2019 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, TBK m.344/I-II-III fıkralarında yer alan üretici fiyat endeksindeki artış ibareleri tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim şeklinde değiştirilmiş ve TBK m.344/IV'de yer alan kararlaştırılmışsa, ibaresinden sonra gelmek üzere 20.2.1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla ibaresi eklenmiştir[1].

İlk değişikliğin ardından 7409 sayılı Yasa ile TBK'ya "*Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1.7.2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır"* şeklindeki Geçici m.1 hükmü eklenmiştir. Böylece 11.6.2022-1.7.2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yalnızca konut kiraları ile sınırlı olmak üzere yenilenen dönem kira bedeli artış oranının üst sınırı yüzde yirmi beş olarak sabitlenmiştir[2]. 2.7.2023-1.7.2024 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen konut kiraları için de aynı yöndeki düzenleme 7456 sayılı Kanunun m.23 ile TBK'da Geçici m.2 olarak yerini almıştır[3].

Kira sözleşmesinin zayıf tarafı kiracının korunmasını amaçlayan bu değişikliklerin ardından, başlangıç kira bedelleri fahiş miktarlara ulaşmış, kiracılardan geniş kapsamlı teminatlar alınmaya başlanmış ve tahliye taahhütnamesi yapılmaksızın konut kiralanması neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Yenilenen kira dönemlerine ilişkin kira bedeli artış oranının üst sınırına birden fazla kez sınırlama getirilmesi,

[1] Bkz. Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7161, Kabul Tarihi: 17.12019, RG 18.01.2019/30659.

[2] Bkz. Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7409, Kabul Tarihi: 8.6.2022, RG 1.6.2022/31863.

[3] Bkz. 06.02.2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7456, Kabul Tarihi: 14.7.2023, RG 15.07.2023/32249.

kiracılar arasında eşitsizliğe ve yeni kurulan kira sözleşmelerindeki kira bedelleri arasında fahiş farklara neden olmuştur[4]. Taraflar başlangıç kira bedellerini veya yenilenen dönemlerdeki artış oranlarını, olağan seyrinde devam eden ekonomik verilere göre yapmışken, ekonomik krize bağlı olarak yürürlüğe giren değişikliklerin uygulama alanına giren dönemlere ilişkin kira bedelleri enflasyonun altında kalmıştır. Konut kirasının sıkı şartlara tabi sona erme rejimi nedeniyle sözleşmeye devam etmek zorunda olan kiraya verenler, enflasyon karşısında reel değeri aşırı derecede düşen kira bedellerinin belirlenmesi için beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kiralarda TBK m.344/III'e göre kira bedelinin belirlenmesi, bu davaların şartlarının oluşmadığı durumlarda da TBK m.138'e dayalı uyarlama davaları açmaya başlamışlardır. Bu durumun yargıya ağır bir iş yükü olarak yansıdığı ve her geçen gün kira bedeline ilişkin uyuşmazlıkların arttığı bilinen bir gerçektir.

Çalışmamızın özünü kiraya veren tarafından açılan uyarlama davaları oluşturmaktadır. Kiraya verenler tarafından açılan davalarda genellikle kira bedellerinin uyarlanması talep edilmektedir. Sözleşmeye müdahale niteliği taşıyan uyarlamanın son çare olması (*ultima ratio*) ve yenilenen dönem kira bedellerinin belirlenmesi ile yakın ilişkisi nedeniyle öncelikle buna ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. Yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi, TBK'nın yürürlüğünde önemli bir yenilik olan m.344 ile düzenlenmiştir[5]. 6570 Sayılı GKHK'un kira bedeline üst sınır getiren m.2 ve 3 hükümlerinin, Anayasa Mahkemesince mülkiyetin özüne dokunduğu gerekçesi ile iptal edilmesi üzerine oluşan yasa boşluğu, TBK'nin yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihine kadar Yargıtay tarafından benimsenen ilkelerle doldurulmuştur[6]. 818 sayılı eBK'nin yürürlüğünde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığı için ileri sürülen uyarlama talepleri, Yargıtay tarafından işlem temelinin çökmesi teorisi, dürüstlük kuralı (MK m.2) çerçevesinde gerekçelendirilerek çözülmeye

---

4 Eleştiri ve açıklamalar için bkz. Tuba Babaoğlu, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Arabuluculuk Yoluyla Çözümü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2023)73; Özlem Sarı Fidan, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (2023) (1) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345, 372.

5 Emre K. Gökyayla, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi' (2013) 9 (103-104) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 18, 21; Seda Öktem Çevik, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi' (2022) 24 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 42; Burak Özen, 'Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi' in Gökhan Antalya, Murat Topuz (eds) (2016) 22 (3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C.II* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2033, 2034-2035; Nurten İnce Akman, Özkan Özyakışır, 'Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi' (2021) 11 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 725, 761; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Yetkin 2016) 403; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I* (11. Bs., Beta 2022) 705; Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)* (2. Bs., Vedat 2012) 68; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (3. Bs., Vedat 2018) 201; Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli (*Adalet 2019) 200; Mustafa Görmez, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması (*On İki Levha 2019) 68; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (On İki Levha 2014) 122-123.

6 Anayasa Mahkemesi, 1963/3, 26.3.1963. 6570 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.6.1955 tarihine kadarki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Özyakışır (n 5) 161-164; Görmez (n 5) 10-11.

çalışılmıştır[7]. TBK döneminde, yenilenen dönem kira bedellerin belirlenmesine ilişkin özel nitelikli TBK m.344 hükmünün yürürlüğe girmesi, konut ve çatılı işyeri kiralarında uyarlama davalarının önemini yitirmesine neden olmuştur[8]. Ancak ekonomik krizin etkisi ile uyarlama yeniden ihtiyaç duyulan bir kurum haline gelmiştir. Uyarlama, TBK m.138 hükmünde kaynak BGB § 313/I'den farklı olarak yalnızca aşırı ifa güçlüğüne özgülenmiştir. Bu farklılık kiraya verenin uyarlama talebi bakımından önem arz etmektedir. Çünkü kira bedelinin enflasyon karşısında çok düşük kalması kiraya veren tarafından aşırı ifa güçlüğü değil edimler arası dengesizlik yaratmaktadır. Çalışmada amacımız, kaynak BGB § 313'ten faydalanarak ve TBK m.344 de göz önünde tutularak kiraya verenin uyarlama talebinin şartlarının ortaya konulması, bu kapsamda ekonomik kriz ve krizin etkilerini azaltmak için öngörülen yasal değişikliklerin ve özellikle edimler arası dengesizliğin TBK m.138 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmaktır.

## I. Konut Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi

### A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından olan kira bedeli, kiracının asli edimidir (TBK m.299, 313)[9]. Bu özelliği gereği, sözleşmenin kurulabilmesi için kira bedelinin ödeneceği kararlaştırılmış olmalıdır[10]. Konut kiralarında kira bedelinin belirlenmesi, sözleşmenin kurulduğu an ile devamı bakımından farklı esaslara tabidir. Zayıf tarafı koruma ilkesinin en geniş uygulama alanını oluşturan konut kiralarının kurulması sırasında, kira bedelinin miktarı serbestçe belirlenebilir (TBK m.27, 28, 30, 36, 37)[11]. Başlangıç kira bedelinin miktarının belirlenmesi bakımından sınırlayıcı,

---

7 İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 161; Nihal Ural Çınar, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014) 115-119; Görmez (n 5) 141-144. Kira bedelinin belirlenmesi ile uyarlanmasının farklılıkları için bkz. Görmez (n 5) 229-231; Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin 2006) 178-180; Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması, BK m.138, Aşırı İfa Güçlüğü (*4. Bs., On İki Levha 2020) 443-445.

8 Mehmet Erdem Aybay, 'Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması' in Gökhan Antalya, Murat Topuz (eds) (2016) 22 (3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C.I* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 323, 338.

9 Gümüş, *Kira* (n 5), 182; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 5) 245; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 1* (On İki Levha 2014) 12; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 422; Eren (n 5) 350; Özyakışır (n 5) 97.

10 Sözleşmenin kurulabilmesi için kira bedeli ödeneceğinin kararlaştırılması diğer deyişle kullanım hakkının belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında bırakılması gerekli ve yeterlidir. Konu hakkında bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 422-423; Gümüş, *Kira* (n 5) 34-35, 182; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 5) 246; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 1* (n 9) 14; Ural Çınar (n 7) 51; Özyakışır (n 5) 176–177.

11 Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 705; Murat Aydoğdu ve Nalan Tuncer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Adalet 2023) 337; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 1* (n 9) 13, 254; Gökyayla (n 5) 19; Gümüş, *Kira* (n 5) 182; Eren (n 5) 352, 402; Özen (n 5) 2035; Mehmet Akçaal, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2022) 12 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361, 363-364; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 41; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 349-350. İsviçre ve Alman Hukuku bakımından başlangıç kira bedellerinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. İnce Akman ve Özyakışır (n 5) 725-770; Özyakışır (n 5) 113-141.

özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır[12]. Yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin nasıl belirleneceği ise TBK'nın getirdiği önemli bir yenilik olan m.344 ile düzenlenmiştir[13]. Hükmün uygulama alanı konut ve çatılı işyeri kiralarından oluşmaktadır[14]. Bunlar dışındaki kira sözleşmelerinde bir sınırlamaya ihtiyaç da bulunmamaktadır. Çünkü bu tür sözleşmeler, belirli sürenin sonunda kendiliğinden sona ermekte, belirsiz süre söz konusu ise aksi kararlaştırılmadıkça veya yerel adet bulunmadıkça yasal fesih dönemlerine ve bildirim sürelerine uyularak taraflarca sona erdirilebilmektedir (TBK m.337, 328/I)[15]. Konut kiralarında ise belirli sürenin dolması, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açmamakta; kiracı sürenin bitiminden en az on beş gün önce bir bildirim yapmadıkça sözleşme aynı şartlarla bir yıl için uzatılmış sayılmaktadır. Kiraya veren ise ancak on yıllık uzama süresini takiben her uzama yılının bitiminden en az üç ay önceden bildirimde bulunmak suretiyle kira sözleşmesini sona erdirebilmektedir (TBK m.347/I). Belirsiz süreli konut kiralarında ise kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildirimiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Bildirimle sona erdirme dışında kiraya veren sözleşmeyi dava yoluyla ya da TBK m.347/III uyarınca, genel hükümlere göre sona erdirebilir *(*TBK m.315/I, 316/II-III, 331, 332). Bu noktada belirtmek gerekir ki kiraya verene dava yolu ve genel hükümlere göre tanınan sona erdirme hakkı, olağanüstü fesih niteliğinde olup sınırlayıcı şekilde sayılan sebeplerin veya olguların gerçekleşmesine bağlıdır. Anılan sebep ve olguların gerçekleşmemesi halinde kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir (TBK m.354, 315/I, 316/II-III, 331, 332).

Kiraya veren açısından sıkı şartlara tabi olan sona erme rejimi, konut kirasının kiracının iradesi doğrultusunda uzun yıllar sürdürülebileceğini göstermektedir. Konut kirasında, yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin başlangıçtaki ile aynı kalması ya da hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın artırılabilmesi sözleşme dengesini ve toplumsal adaleti zedeleyebilecektir[16]. Dolayısıyla kira sözleşmesinin

---

[12] Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da emsal kira bedelinin belirli bir oranından fazlasının tayin edilemeyeceğine dair bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı yönünde bkz. İnce Akman ve Özyakışır (n 5) 760. Olması gereken hukuk açısından başta İstanbul olmak üzere bazı bölge ve şehirlerde, başlangıç kira bedellerinin sınırlanmasına ilişkin düzenleyici kural ihtiyacının bulunduğu yönünde bkz. Umut Yeniocak, *Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları* (Seçkin 2023) 24.

[13] Aydoğdu ve Tuncer (n 11) 337; Gökyayla (n 5) 18, 21; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 42; Özen (n 5) 2034-2035; İnce Akman ve Özyakışır (n 5) 761; Eren (n 5) 403; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 705; Gümüş, *Kira* (n 5) 68; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 5) 201; Özyakışır (n 5) 200; Görmez (n 5) 68; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 122-123. 7445 sayılı Kanun'un m.37 ile 6325 sayılı Kanuna 18/A maddesinden sonra gelmek üzere eklenen m.18/B ile kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bkz. İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 28.03.2023, RG 05.04.2023/32154.

[14] Gökyayla (n 5) 26; Görmez (n 5) 89; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 130; Babaoğlu (n 4) 45; Ayşegül Küçükdağlı, 'Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi' (2023) 31 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 993, 1000.

[15] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 125; Gökyayla (n 5) 28, dn.1; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 44; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 702; Gümüş, *Kira* (n 5) 69.

[16] Özyakışır (n 5) 202-203; Gökyayla (n 5) 19-20; Görmez (n 5) 67. Kiraya bedelinin değiştirilmesinin yasaklanamamasının, kiraya verenin mülkiyet hakkının anayasal garanti altında olmasına dayandığı yönünde bkz. Eren (n 5) 402.

başlangıcında serbestçe belirlenen kira miktarının, yenilenen dönemlerde nasıl artırılacağının düzenlenmesi önemli bir ihtiyaçtır[17]. Bu ihtiyacı değerlendiren yasa koyucu, kira bedelini, TBK m.343 ile hüküm altına alınan kiracı aleyhine değişiklik yapma yasağının dışında tutmuş ve artış miktarına getirdiği üst sınırı TBK m.344 ile düzenlemiştir[18]. Böylece kiracının korunması ilkesi doğrultusunda sözleşmeyi sona erdirme hakkı sınırlanmış olan kiraya verenin, yenilenen kira dönemleri için kira bedelinin artışını talep edebilme hakkı yasal düzenlemeye kavuşmuş; kiracı da artış oranına üst sınır getirilerek korunmuştur. Hüküm, kira bedelinin Türk Lirası olarak kararlaştırıldığı konut kiraları açısından yenilenen dönem için kira bedeli artış oranı veya miktarının kararlaştırılmış olup olmaması, kira bedelinin yabancı para birimi olarak kararlaştırılması ya da Türk Parası üzerinden kurulan sözleşmelerde artış oranının veya miktarının kararlaştırılmış olup olmadığına bakılmaksızın ve yabancı para birimi üzerinden kurulan sözleşmelerde, sözleşme süresinin beş yıldan uzun olması veya beş yıldan sonra yenilenmesi esasları üzerinden yapılandırılmıştır.

## B. Yasal Düzenleme

### 1. Türk Lirası Üzerinden Kurulan Konut Kiralarında Artış Hükmü Bulunup Bulunulmamasına Göre

Türk Borçlar Kanunu m.344/I ile tarafların kira bedeli artış oranı veya miktarı üzerinde anlaşmış olmaları ihtimalini düzenlemiştir. Ancak taraflara bu yönde tam bir serbesti tanımayarak belirlenecek artış oranına üst sınır getirmiştir. Bu esas, hükmün yürürlüğe girdiği sıradaki ilk halinde TBK m.344/I, c.1 uyarınca, "*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir*" şeklinde ifade edilmiştir. 7161 sayılı Yasanın m.56 ile 1.1.2019 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, TBK m.344/I-II-III fıkralarındaki üretici fiyat endeksindeki artış ibareleri tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim olarak yeniden düzenlenmiştir[19]. TBK m.344/II'de yer alan yenilenen kira dönemleri ifadesi ile uzayan kira yılı kastedilmektedir (TBK m.347/I, c.1)[20]. Yenilenen dönemlerde, artış için getirilen üst sınıra uymayan

[17] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 122-123; Özyakışır (n 5) 202-203; Gümüş, *Kira* (n 5) 69-70; Kadir Berk Kapancı, 'Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M.344 F. 1 C. Son'un Yorumlanması' (2015) 6 (Özel Sayı, 4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 809, 811; Görmez (n 5) 67; Hüseyin Altaş, 'Kira Parası Artışlarının Sınırlanması' (2000) 49 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 97; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 41-42.

[18] Özyakışır (n 5) 203; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 705; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 41; Eren (n 5) 402; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 122-123; Görmez (n 5) 68-69; Gökyayla (n 5) 24.

[19] Kanun Numarası: 7161, Kabul Tarihi: 17.12019, RG 18.01.2019/30659.

[20] Özyakışır (n 5) 198-199; Küçükdağlı (n 14) 1001.

anlaşmalar, sınırı aştığı oranda kısmi kesin hükümsüzdür[21] (TBK m.27/II). Artış oranına ilişkin anlaşmanın kısmen kesin hükümsüz sayılacağı bilinseydi sözleşmenin kurulmayacağından bahisle sözleşmenin tümüyle hükümsüz sayılması gerektiği ileri sürülemez[22]. Hükmün nisbi emredici niteliği gereği, belirlenen orandan daha az bir oran kararlaştırılması halinde tarafların iradeleri üstün tutulacaktır. Daha yüksek bir oran söz konusu olduğunda ise TBK m.344/I, c. 1 uyarınca artış oranı tüketici fiyat endeksi oranı olarak belirlenecektir[23].

Türk Borçlar Kanunu m.344/I, c.2 uyarınca, artış sınırlaması, bir yıldan uzun süreli sözleşmeleri de kapsamaktadır. Bu sözleşmelerde, teknik anlamda yenilemeden bahsedilemese de taraflarca kararlaştırılan dönemlerde sözleşme içindeki artışın TBK m.344/I, c.1'de düzenlenen üst sınıra tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre[24], TBK m.344/I, c.1'de belirlenen üst sınır, yalnızca yenileme dönemlerini kapsamaktadır, taraflar sözleşme süresi içinde kira bedelinin belirlenmesi konusunda serbesttirler. Katıldığımız diğer görüşe göre[25] ise sözleşme süresi içindeki dönemlere ilişkin kira bedeli artışı da TBK m.344/I, c.1 uyarınca üst sınıra tabidir. Başka ifadeyle, TBK m.344/I, c.1 hükmünde düzenlenen üst sınır esası hem yeni kira dönemlerinde hem sözleşme içindeki dönemlerde uygulanma kabiliyetini haizdir[26]. Anılan üst sınır, dört yıllık bir sözleşme örneğinde dördüncü yılın sonundaki artış için geçerli olacağı gibi dört yıllık sözleşmenin kendi içinde dönemlere ayrılması halinde bu dönemler için de geçerli olacaktır. Nitekim sözleşme içi dönemler için kararlaştırılan artış oranına da TBK m.344/I, c.1 ile belirlenen üst sınırın uygulanması, hükmün amacı ile bağdaşır bir yorumdur.

Taraflar yenilenen kira dönemleri için kira bedelinde artış yapılacağını kararlaştırmamışlar veya artış yapılacağını kararlaştırmış olmakla birlikte artışın oranı ya da miktarını belirlememişler ise TBK m.344/II uygulanır[27]. TBK m.344/II'nin "*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir*". Hâkime tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim

---

21 Özyakışır (n 5) 200-201; Eren (n 5) 403-404; Özen (n 5) 2037; Kapancı (n 17) 813, 816; Akçaal (n 11) 372; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 128-129; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 357; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 52; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 706.

22 Eren (n 5) 403-404; Özen (n 5) 2037; Özyakışır (n 5) 200–201; Akçaal (n 11) 372; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 356–357; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 706.

23 Özyakışır (n 5) 200-201; Eren (n 5) 403-404; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 129.

24 Kapancı (n 17) 823-824, 830-831; Özyakışır (n 5) 198-199.

25 Gümüş, *Kira* (n 5) 71, 75; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 54-55 vd.; Özen (n 5) 2045; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 133-134; Gökyayla (n 5) 37; Görmez (n 5) 82; Aydoğdu ve Tuncer (n 11) 339-340.

26 İzzettin Özkan Öztürk, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 76; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 132-133.

27 Gümüş, *Kira* (n 5) 72, 74; Babaoğlu (n 4) 51; Gökyayla (n 5) 34; Öztürk (n 26) 78; Görmez (n 5) 85.

oranı ile sınırlı bir takdir yetkisi verilmiştir (TMK m.4)[28]. Bir yıldan uzun süreli konut kiralarında, kira bedelinde artış yapılacağının kararlaştırılmamış olması halinde uzama dönemi henüz gelmediği için sözleşme süresi boyunca artış yapılamayacaktır[29]. Bu noktada farklı ihtimaller karşımıza çıkabilir. Sözleşmenin beş yıldan uzun bir süre için yapılmış olması halinde, beş yıl içinde TBK m.344/II uyarınca kira bedeli artırılamayacaksa da beşinci yılın dolması ile henüz yeni dönem gelmemiş olmasına rağmen TBK m.344/III uyarınca kira bedelinin belirlenmesi talep edilebilecektir[30]. Beş yıldan daha kısa süreli olup iki, üç yıllık veya dört yıllık konut kirası örneklerinde de anılan süreler içinde artış yapılamayacaksa da kira süresinin sonunda yenilenen dönemde kira bedeli hâkim tarafından TBK m.344/II uyarınca, belirlenecektir. Bu sözleşmelerde de beşinci yılın dolması ile yine TBK m.344/III uygulama alanı bulur. Bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde, kira döneminin kendi içinde artış yapılacağı kararlaştırılmış ve fakat artış miktarı ve oranı kararlaştırılmamış ise dönem içinde artış yapılıp yapılamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, artış oranı hâkim tarafından TBK m.344/II uyarınca doldurulacaktır[31]. Aksi yöndeki görüşe göre ise artış yapılacağının kararlaştırılmasına rağmen oranın veya miktarın kararlaştırılmaması halinde geçerli bir anlaşmadan söz edilemeyecektir[32].

7161 sayılı Yasa ile TBK m.344/I-II-III hükümlerinde yapılan ilk değişiklik sonrası, artış oranına ikinci kez müdahale edilmiş ve TBK'ya ilk olarak 7409 sayılı Kanun m.4 ile Geçici m.1[33], ardından 7456 sayılı Kanun m.23 ile Geçici m.2[34] eklenmiştir[35]. Yürürlük süresi dolmuş olan her iki hüküm de konut kiraları bakımından yenilenen

[28] Özyakışır (n 5) 206; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 358; Babaoğlu (n 4) 51.

[29] Gökyayla (n 5) 38; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 134. Sözleşme süresi içinde TBK. m.138 uyarınca uyarlama davası açılabileceği yönünde bkz. Özen (n 5) 2048; Gümüş, *Kira* (n 5) 73; Aydoğdu ve Tuncer (n 11) 340.

[30] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 140-141; Görmez (n 5) 92; Babaoğlu (n 4) 58; Özyakışır (n 5) 209-210; Gümüş, *Kira* (n 5) 72-73; Özen (n 5) 2056; Gökyayla (n 5) 39; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 67. Aksi görüşte bkz. Kapancı (n 17) 820, dn.39; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 711-712.

[31] Gümüş, *Kira* (n 5) 73; Görmez (n 5) 87.

[32] Böyle bir anlaşmanın TBK m.344/II-III ile düzenlenen kira tespit davasının, yasanın kabul ettiği alanın dışına taşırılmak istenmesi anlamına geleceği ve edimi belirleme yetkisinin herhangi bir üçüncü kişi gibi yargıca bırakılmasının da caiz olmaması gerektiği yönünde bkz. Özen (n 5) 2053.

[33] Kanun Numarası: 7409, Kabul Tarihi: 8.6.2022, RG 1.6.2022/31863.

[34] Kanun Numarası: 7456, Kabul Tarihi: 14.7.2023, RG 15.07.2023/32249.

[35] Geçici maddelerin, mülkiyet hakkı bakımından Anayasaya uygunluğunun tartışmalı olduğu yönünde bkz. Yeniocak (n 12) 55; Muhammed Kiomers Ganbari, 'Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler İle Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk' (2023) XXVII (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 217-219; Küçükdağlı (n 14) 1014; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 371-372; Murat Aydoğdu, 'Kira Parasında Artışı %25 İle Sınırlayan Düzenlemeler Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Hakkındaki Değerlendirmeler' (2023) 88 (3) İzmir Barosu Dergisi 135, 139.

dönem kira artış oranlarına yüzde yirmi beş sabit oranı üst sınır olarak belirlemiştir[36]. Dolayısıyla çatılı işyeri kiraları, hükümlerin kapsamına girmemektedir[37]. Hükümler, kira bedelinin TBK m.344/I-II'e göre belirlenmesinden ibaret olup kira bedelinin TBK m.344/III uyarınca belirlenmesi kapsam dışındadır[38]. Başka ifadeyle beş yıldan kısa süreli ya da beş yıldan az yenileme dönemi söz konusu olan konut kiralarında Geçici m.1-2 uygulama alanı bulacaktır[39]. Geçici maddeler uyarınca, taraflar yüzde yirmi beşin altında bir artış oranı kararlaştırmadıkları sürece, kira bedeli, en fazla bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beş oranında arttırılabilir. Tarafların hiç artış öngörmemesi halinde ise hâkimin takdir yetkisi yüzde yirmi beş ile sınırlanmıştır[40]. Ayrıca bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının, yüzde yirmi beşin altında kalması halinde yenilenen dönem kira bedeli artışında üst sınır bu değişim oranında olacaktır. Başka ifadeyle artış yapılacak ay için açıklanan tüketici fiyat endeksi oranı, yüzde yirmi beşin altında kalır ise tüketici fiyat endeksi oranı uygulanacaktır[41]. Ayrıca tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kaldığı durumlarda, taraflarca kararlaştırılan artış oranı, bu oranın da altında ise artış oranı sözleşmeye göre belirlenir[42]. Yenileme veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde dönem içi artış zamanı Geçici m.1 uyarınca, 11.6.2022-1.7.2023 ve Geçici m.2 uyarınca, 02.07.2023-01.07.2024 arasına denk gelen konut kiralarında, yüzde yirmi beş sınırını geçecek şekilde yapılan anlaşmalar, bu oranı aşan miktar bakımından kısmi kesin hükümsüzdür[43].

## 2. Yabancı Para Birimi Üzerinden Kurulan Konut Kiralarında

Kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılması halinde yenilenen dönemlerde kira bedelinde artış yapılması, TBK m.344/IV ile beş yıl boyunca yasaklanmıştır. Başka ifadeyle yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan kira

[36] Sabit bir sınırlama yerine temelinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olan TÜFE artış oranının yarısı kadar artış yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemenin daha uygun olacağı yönünde bkz. Aydoğdu (n 35) 139. Yüksek enflasyonun kiraya verenler için de olumsuz etkileri doğurabileceği, özellikle kira bedelinin kiraya verenin geçim kaynağı olduğu durumlarda, enflasyonun sürekli artmasına rağmen kira bedeline yüzde yirmi beş üzerinde artış yapılamamasının mülkiyet hakkının özüne dokunur nitelikte olduğu yönünde bkz. Babaoğlu (n 4) 71. Kira bedelinde enflasyon kaynaklı yüksek artışların önüne geçmek amacıyla düzenlenen geçici maddelerin sorunlara kapı açtığı, kiraya verenin artış oranından memnun olmadığı durumlarda geçici düzenlemenin kapsam dışında bıraktığı TBK m.344/III uyarınca kira bedelinin tespiti için dava açma yoluna gittiği veya TBK m.138'den yararlanmak istediği, dolayısıyla kira uyuşmazlıklarının sayısının arttığı yönünde bkz. Ganbari (n 35) 216. Yüzde yirmi beş oranında kira bedeli artışı sınırlamasının, yıllık enflasyon oranının çok altında kaldığı, yüzde yirmi beş oranının 2001 yılında olduğu gibi ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığı ve sözleşmede bulunması gereken adil dengeyi kiraya veren aleyhine makul karşılanamayacak oranda bozduğu yönünde bkz. Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 371-372.

[37] Geçici maddenin kapsamına çatılı işyeri kiralarının alınmasının yerinde bir tercih olduğu yönünde bkz. Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 368.

[38] Aydoğdu (n 35) 141; Ganbari (n 35) 215; Sarı Fidan (n 11) 368-369.

[39] Ganbari (n 35) 215.

[40] Babaoğlu (n 4) 73; Ganbari (n 35) 220.

[41] Aydoğdu (n 35) 141; Babaoğlu (n 4) 73.

[42] Babaoğlu (n 4) 73.

[43] Aydoğdu (n 35) 149; Aydoğdu ve Tuncer (n 11) 340.

bedeli, beşinci yılın sonuna kadar sabit kalır[44]. Yasa koyucu, kiracının korunması amacıyla, kira bedelindeki artışı beş yıl boyunca yabancı paranın değerindeki muhtemel artışla sınırlamıştır. Yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan kira sözleşmelerinde, TBK m.344/IV, c.2 uyarınca artışın yasaklandığı beş yıllık kira süresi içerisinde uyarlamanın mümkün olduğu açıkça ifade edilmiştir[45]. Bu sonuç kira sözleşmesinin bir yıldan uzun süreli olduğu durumlarda da söz konusu olur[46]. Hüküm yalnızca yabancı para olarak kararlaştırılan kira bedelini kapsayacak şekilde düzenlenmişse de katıldığımız görüş uyarınca, kira bedelinin yabancı paraya endeksli olduğu durumlarda da TBK m.344/IV hükmünün kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği savunulmaktadır[47]. Tarafların beş yıllık süre içinde yenilenen dönemlerde artış yapılmasına ilişkin anlaşmaları kesin hükümsüzdür[48] (TBK m.27). Hükmün kiracı lehine nisbi emredici niteliği gereği, kira bedelinin indirilmesine ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür[49]. Kira sözleşmenin yapıldığı tarihten başlamak üzere beşinci yılın sonunda, altıncı kira yılı için kira bedeli, TBK m.344/III'e göre belirlenmesi mümkündür. Ancak hâkim, diğer unsurlar yanında yabancı paranın değerindeki değişiklikleri de göz önünde bulunduracaktır[50].

Konut ve çatılı işyeri kiralarında, kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden belirlenmesine ilişkin TBK m.344/IV hükmünün kapsamı, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'da 12.09.2018 tarihli Cumhurbaşkanı 85 Sayılı Kararı[51] ile değişiklik yapılmasının ardından önemli ölçüde sınırlanmıştır. 12.09.2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı 85 Sayılı Kararı ile 32 Sayılı Karar'ın 4. maddesine *"Türkiye'de yerleşik kişilerin Bakanlıkça belirlenen haller dışında kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satımı, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz."* hükmünün eklenmesiyle, kira sözleşmeleri açısından sözleşme özgürlüğüne müdahale edilerek yabancı para birimi üzerinden kira bedeli kararlaştırılması belirli istisnalar dışında yasaklanmıştır[52]. Bu değişikliğin ardından 7161 sayılı Kanunun 56. maddesiyle, TBK m.344/IV

[44] Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 62-63; Gökyayla (n 5) 41; Gümüş, *Kira* (n 5) 76; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 149-151; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 714.

[45] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 153.

[46] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 149-150; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 63.

[47] Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 715; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 151; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 63. Ayrıca altın kaydı bulunan sözleşmeler bakımından bkz. Gökyayla (n 5) 42-43.

[48] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 149; Gümüş, *Kira* (n 5) 76.

[49] İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 151; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 63.

[50] Gökyayla (n 5) 38; Gümüş, *Kira* (n 5) 76; Babaoğlu (n 4) 66; Hande Uysal, Kira Bedelinin Tespiti (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 55; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 151-152.

[51] RG 13.09.2018/30534.

[52] Kira sözleşmeleri bakımından konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Öktem Çevik, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' İç Murat Topuz (edr), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması (Seçkin 2019) 89-110.

hükmündeki *"kararlaştırılmışsa,"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla,"* ibaresi eklenmiştir. Böylece TBK m.344/IV hükmü, "*Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz*" şeklindeki ifadesi ile son halini almıştır[53]. Ayrıca 85 Sayılı Karar ile değişikliğin yürürlüğünden önce kurulmuş olan sözleşmeler için de Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'a eklenen Geçici m.8 ile Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde yabancı para birimi üzerinden kurulan sözleşmelerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, taraflarca yeniden Türk parası olarak belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin ardından Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara ilişkin 2008-32/34 numaralı Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair 20018-32/51[54] ve 2018-32/52[55] numaralı Tebliğler yayımlanmıştır. 2018-35/52 numaralı Tebliğ'in 8/(2) hükmünün "*Türkiye'de yerleşik kişiler kendi aralarında akdedecekleri; konusu yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar"* şeklindeki ifadesi uyarınca, hükümde belirlenen şartları taşıyan konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır[56].

## 3. Beş Yıldan Daha Uzun Süreli veya Beş Yıldan Sonra Yenilenen Konut Kiralarında

Kira bedelinin Türk Parası üzerinden kararlaştırıldığı konut kiralarında, tarafların artışın yapılmasına veya artış oran ve miktarına ilişkin bir anlaşma yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın ve kira bedelinin yabancı para birimi üzerinden kurulması halinde ise beş yıldan daha uzun süreli ya da beş yıldan sonra yenilenen konut kiralarında, kira bedelinin belirlenmesi TBK m.344/III ile düzenlenmiştir. Buna göre, "*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir*". TBK m.344/I-II

[53] RG 18.01.2019/30659.

[54] RG 6.10.2018/30557.

[55] RG 16.11.2018/30597.

[56] Öktem Çevik, '32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' (n 52) 93.

uyarınca kira bedelinin belirlenmesinde tüketici fiyat endeksini esas alınmaktayken TBK m.344/III ile kira bedelinin tüketici fiyat endeksine göre belirlenmesi zorunluluğu beş yıl ile sınırlandırılmaktadır[57]. Hükümde yer alan beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmeleri, sözleşmenin beş yıl veya daha kısa süreli olmasını anlatmaktadır[58]. Bu tür sözleşmeler karşımıza farklı şekillerde çıkabilir. İlk olarak bir yıl kira süreli bir sözleşme, beş yıl boyunca devam etmiş ve beşinci yenileme yılına ulaşmış olabilir. İkinci olarak bir yıldan uzun süreli konut kirasının yenilenerek beş yıllık süreyi doldurması söz konusu olabilir. Örneğin iki, üç veya dört yıllık bir kira sözleşmesi, birer yıl süre ile yenilenerek beşinci yılı doldurmuş ve birden fazla kez yenilenmiş olabilir. Üçüncü olarak beş yıl süreli kurulmuş konut kirasının beşinci yılı tamamlanmış ve altıncı yılında ilk defa yenilenmiş olabilir. Beş yıldan uzun süreli sözleşmeler ile de sürenin beş yılın üzerinde olması kastedilmektedir[59]. Kira sözleşmesinin beş yıldan uzun bir süre için yapılmış olması halinde beşinci yılın dolması ile TBK m.344/III uyarınca kira bedelinin belirlenmesi talep edilebilir[60]. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de beş yıllık sürenin sona ermesi ile TBK m.344/III hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir[61]. Kira sözleşmesi belirsiz süreli olarak akdedilmiş ve beş yıllık süre sona ermiş olabilir. Bu durumda yine altıncı kira yılı itibariyle yenilenen dönem kira bedeli için TBK m.344/III hükmü uygulama alanı bulacaktır[62]. Buna göre kira bedeli hâkim tarafından kiralanın durumu, emsal kira bedelleri ve tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı göz önünde bulundurularak hakkaniyete göre belirlenecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, TBK m.344/III uyarınca kira bedelinin belirlenmesinde, hâkim TBK m.344/II'den farklı olarak *tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı* ile bağlı değildir[63]. Dolayısıyla TBK m.344/I ve II'de düzenlenen kira bedeli artışında, *tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı* bir sınırlama oluşturabilecekken TBK m.344/III hükmünün uygulama alanı bulduğu durumlarda, bu sınırlama olmaksızın bedel belirlenebilecektir. Dolayısıyla Geçici 1-2 maddelerindeki sınırlamalar, bu tür belirlemede uygulama alanı bulmaz. Son olarak TBK m.344/III uyarınca, kira bedelinin belirlenmesinin ardından beş yıl

---

57 Babaoğlu (n 4) 54; Görmez (n 5) 90; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 66; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 139.

58 Babaoğlu (n 4) 59; Özyakışır (n 5) 209-210. Çeşitli ihtimaller için bkz. Gökyayla (n 5) 39.

59 Babaoğlu (n 4) 57.

60 İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 140-141; Görmez (n 5) 92; Babaoğlu (n 4) 58; Özyakışır (n 5) 209-210; Gümüş, *Kira* (n 5) 72-73; Özen (n 5) 2056; Gökyayla (n 5) 39; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 67. Aksi görüşte bkz. Kapancı (n 17) 820, dn.39; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 711-712.

61 Konut ve çatılı işyeri kirasının belirli veya belirsiz süreli olmasının TBK m.344'ün uygulanması bakımından önemi bulunmadığı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Gökyayla (n 5) 26; Görmez (n 5) 89; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 130; Babaoğlu (n 4) 45; Küçükdağlı (n 14) 1000. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin kural olarak belirli süreli kira sözleşmelerine uygulanması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, *Kira* (n 5) 69. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde TBK m.344/II uyarınca tespit davası açılamayacağı yönünde bkz. Özen (n 5) 2061.

62 Özen (n 5) 2061.

63 Özen (n 5) 2054.

boyunca aynı hükme başvurulamaz (TBK m.344/III, c. 2). Yenilenen dönemlerde somut olayın özelliğine göre TBK m.344/I-II uygulama alanı bulabilir[64].

## II. Kiraya Verenin Uyarlama Talebinin Şartları

### A. Sözleşmelerin Uyarlanması

İrade özgürlüğünün, borçlar hukukundaki görünümü olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, Anayasa m.48/c.1'de, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" ifadesiyle teminat altına alınmış, TBK m.26'da ise "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" şeklinde düzenlenmiştir. Yasada tanımlanmayan ve yalnızca sözleşmenin içeriği açısından ele alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, geniş anlamı ile sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini, tipini, şeklini belirleme ya da tarafların anlaşması ile sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirme özgürlüklerini de kapsamaktadır[65]. Bu doğrultunda sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel hukuk ilişkilerini, yasal sınırlar içinde, sözleşmeler vasıtasıyla düzenleyebilmeleri şeklinde tanımlanmaktadır[66]. Tarafların tümüyle kendi iradelerinin yansıması olan sözleşmelerine bağlı kalmaları da hukuk güvenliğinin ve sözleşmelerin ekonomik ve sosyal boyutunun bir gereğidir[67]. Başlangıçta özgür iradeleri ile sözleşmelerini düzenleyen taraflar, onun kurulmasının ardından şartlar ağırlaşsa bile edimlerini yerine getirip getirmemekte ya da sözleşmeyi sona erdirmekte serbest olmayıp kendi

---

64 İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 142; Gümüş, *Kira* (n 5) 71-72.

65 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1* (7. Bs., Filiz 2017) § 40, N.1, 4; Selahattin Sulhi Tekinay, Servet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs., Filiz 1993) 362-363; Latif Tile, *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü* (Yetkin 2021) 13; Arat (n 7) 43; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.I m.1-48* (Yetkin 2022) § 5 N.5; İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması* (2. Bs., Ankara 2007) 19; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I* (19. Bs., Vedat 2021) N.80-83; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht*: *Besonderer Teil* (8. Aufl., Stämpfli 2006) 9; Jacques Bischoff, *Vertagsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus* (Schulthess 1983) 5-6; Işılay Yörük, *Türk Hukukunda Sözleşmelerin Uyarlanması* (On İki Levha 2021) 10. Konu hakkında bkz. Yargıtay HGK, 922/548, 31.5.2023: "*2. 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12/1. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düzenlendiği gibi, 48/1. maddesinde de herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetinin bulunduğu kabul edilerek kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğu temel ilke olarak benimsenmiştir. Borçlar hukukumuza hâkim olan "sözleşme serbestliği" ilkesinin kaynağı da irade özgürlüğüne dayanmaktadır. 3.Sözleşme serbestliği ve özgürlüğünün; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi biçimleri bulunmaktadır. 4.6098 Sayılı Kanun'un 26. maddesi maddesinde tarafların kanunda öngörülen sınırlar içinde, sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilecekleri kabul edilmiştir.*" < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.5.2024.

66 Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.I m.1-48* (n 65) §4 N.4; Fahri Erdem Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (On İki Levha 2021) 44; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 65) 362; Nagehan Kırkbeşoğlu, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011) 23.

67 Tile (n 65) 15, 17; Arat (n 7) 51; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.13; Ümmühan Kaya, 'Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi' in Gökhan Antalya, Murat Topuz (eds) (2016) 22 (3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C.II* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1569, 1570; Yörük (65) 11; Kaplan (n 65) 118; Seçkin Topuz, *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale* (Yetkin 2009) 64-65.

kuralları ile bağlıdırlar[68]. Başka ifadeyle sözleşme şartlarının değişmesine rağmen borçlunun aynen ifa yükümlülüğü devam eder. Aksi halde sözleşmeden doğan borcun ifasının borçlunun isteğine bırakılması söz konusu olur ki bu da hukuki güvenliği ortadan kaldırır[69]. Bu anlayış, sözleşmelerin kurulduğu şekli ile değişen şartlardan etkilenmeden aynen ifa edilmesi zorunluluğunu anlatan, sözleşmeye bağlılık (pacta sund servanda) ilkesi olarak sözleşmeler hukukunun temelinde yer alır[70]. Başlangıçta sözleşme içeriğine müdahale etmeyen hukuk düzeni, sözleşmenin kurulmasının ardından şartların aynen uygulanmasını teminat altına alır[71] (TBK m.26, AY m.48). Sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartlar, ekonomik, siyasi, doğal olaylar veya yasal düzenlemeler şeklinde örnekleyebileceğimiz sebeplerle ağırlaşıp ifanın borçludan beklenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde zorlaştırır ise sözleşmeye bağlılık ilkesini mutlak şekilde uygulamak sözleşme adaleti, hakkaniyet ilkelerinin bertaraf edilmesi riskini yaratabilir[72]. Bu risk modern hukuk anlayışında, pacta sund servanda ilkesinin hem tamamlayıcısı hem sınırı olduğu kabul edilen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ilkesi ile yaratılan istisna ile aşılmaktadır[73]. Uyarlama

---

[68] Bischoff (n 65) 7; Kaplan (n 65) 118; Arat (n 7) 51-52; Topuz (n 67) 64; Mustafa Alper Gümüş, *Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmelerin Uyarlanması (TBK m.138)* (Yetkin 2022) 1; Zafer Kahraman, *Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları (Mücbir Sebep, İfa İmkânsızlığı, İşlem Temelinin Çökmesi, Uyarlama ve Frustration Doktrini)* (Vedat 2023) 170. Yargıtay HGK, 13-2308/994, 14.9.2021: "*Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır.*" < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.5.2024.

[69] Tile (n 65) 17; Bischoff (n 65) 8.

[70] Kaya (n 67) 1570; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.III m.83-206* (Yetkin 2022) TBK m.138 N.2; Gülmelahat Doğan, 'Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması' (2014) (111) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 10; Bischoff (n 65) 8. İlkeyi, sözleşmenin değişmezliği prensibi olarak ifade eden görüş için bkz. Eleanor Cashin-Ritaine, 'Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar' çev. Başak Baysal (2005) LXIII (63) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 321, 324.

[71] Arat (n 7) 51; Bischoff (n 65) 8.

[72] Kahraman (68) 171; İsmail Atamulu, 'Kira Bedelinin Uyarlanması' iç Hayrunnisa Özdemir (edr), Kira Hukuku Davaları (Seçkin 2023) 399; Eren ve Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.III m.83-206* (n 70) TBK m.138 N.2; Oğuzman ve Öz (n 65) N.1835; Kaplan (n 65) 117-119; Rona Serozan, 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi' *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 1013, 1023; Yeşim Gülekli, '*Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi'* (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 43, 43; Tile (n 65) 15.

[73] Astrid Stadler, in Othmar Jauernig BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, RomII-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO* (19. Aufl., C H Beck 2023) *BGB § 313* Rn.1, 2; Martin Fries, in Reiner Schulze BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (12. Aufl., Nomos 2024) *§ BGB 313* Rn.1; Thomas Finkenauer, in *Münchener Kommentar zum BGB*, *Band III, Schuldrecht-Allgemeiner Teil II* (9. Aufl. C.H. Beck Verlag 2022) *BGB § 313* Rn.3; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 2; Başak Baysal, 'Aşırı İfa Güçlüğü', Derleyen M. Murat İnceoğlu, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler (On İki Levha 2011) 113, 116 vd. Yargıtay kararlarında da uyarlama, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin istisnası olarak ifade edilmekte, uyarlama kurumunu tali ve yardımcı nitelikte değerlendirmektedir. Bkz. Yargıtay 3 HD, 2236/2547, 4.10.2023: "*.. 6098 sayılı Kanun'nun aşırı ifa güçlüğü başlıklı 138 inci maddesi; "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu hentüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir. 2. İlgi maddenin gerekçesinde ise "Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır*". < www.lexpera.com.tr > Erişim tarihi 29.2.2024.

en öz anlatımla, sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartların, sonradan taraflarca veya bunun mümkün olmaması halinde hâkimin müdahalesiyle değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır[74].

Uyarlama, teorik temelleri uzun gelişim sürecine dayanan ve birçok ilke ve kurum ile bağlantılı geniş bir kavramdır. Doktrinde ve yargı kararlarında, uyarlama ile bağlantılı olarak emprevizyon, beklenmeyen hal, hâkimin sözleşmeye müdahalesi, clausula rebus sic stantibus, işlem temelinin çökmesi ve aşırı ifa güçlüğü kavramlarının kullanıldığı ve terim birliğinin bulunmadığı görülmektedir[75]. Esasen bunlar uyarlamanın dayandığı teorileri, uyarlamaya neden olan olay gruplarını ya da uyarlamanın şartlarını ifade eden, uyarlamanın tümüyle karşılığı olmayan ancak kurumla bağlantılı kavramlardır. Her birinin açıklanmasının ve uyarlama ile bağının ortaya konulmasının konumuzun kapsamını aşacağı açıktır. Bu nedenle çalışmamızda, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasında TBK m.138 bakımından esas alınmış olan işlem temeli teorisi üzerinden değerlendirme yapılacaktır. Çünkü TBK m.138'in madde gerekçesinde, hükmün öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından kabul edilen işlem temelinin çökmesine ilişkin olduğu ve aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temelinin, TMK m.2 hükmünde öngörülen dürüstlük kurallarının bulunduğu ifade edilmektedir[76]. Buradan hareketle, TBK m.138'in yapılandırılmasında, işlem temeli teorisinin hâkim olduğu Alman Hukukunun esas alındığı sonucuna varılmakta ve Türk Hukuku bakımından da uyarlamanın şartları incelenirken işlem temeli teorisi esas alınarak yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir[77]. Bu noktada işlem temeline değinilmesi zorunludur.

---

[74] Kahraman (n 68) 196; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 1.

[75] Baysal, 'Aşırı İfa Güçlüğü', (n 73) 117; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.262, 269. Yargıtay kararları bakımından aynı yönde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 33. Yargıtay da kararlarında, teorilere ilişkin bir ayrım yapmamakta ve kimi zaman tamamına birlikte atıf yapmakta kimi zaman ise münferit olarak ilgili teoriden bahsetmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, 972/67, 15.2.2023: "*Türk hukukunda, hem clausula rebus sic stantibus ilkesi, hem de işlem temelinin çökmesi kuramı uygulanmak suretiyle, uyarlanma davalarının görülebilir olduğu benimsenmiş ise de işlem temelinin çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir*" < www.lexpera.com.tr. > Erişim tarihi 29.2.2024.

[76] Gerekçede yer alan ifadeler şöyledir: "*818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "III. Aşırı ifa güçlüğü" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 137 nci maddesinde, aşırı ifa güçlüğü düzenlenmektedir. Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir. İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, Tasarının 137 nci maddesinde belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: 1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır. 2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. 3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır. 4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır. Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır*. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf. Erişim Tarihi 24.5.2024.

[77] TBK m.138 hükmünün, Alman hukuku kaynaklı işlem temeli teorisi ve bu teori üzerinden kaleme alınan BGB § 313 örnek alınarak yapılandırıldığı yönünde bkz. Gümüş, Uyarlama (n 68) 39. TBK m.138 hükmünün, işlem temeli teorisi esas alınarak düzenlendiği yönünde bkz. Kahraman (n 68) 179. TBK m.138 yorumlanırken, uyarlama konusunda en tutarlı çözümleri veren ve önemli bir uygulaması olan işlem temeli teorisinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.359. Aksi yönde bkz. Ferhat Canbolat, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması* (Yetkin 2012) 232 vd.; Topuz (n 67) 306.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işlem (sözleşme) temeli ile sözleşmenin içeriği birbirinden farklı anlamdadır[78]. Sözleşmenin içeriği, tarafların açık veya örtülü iradelerinin üzerinde uyuştuğu tüm hükümler olarak tanımlanmaktadır[79]. İşlem temeli ise sözleşmenin içeriğinde yer almayan ancak tarafların sözleşmeyi kurma iradelerine etki eden halihazır veya geçmişteki durumlara ortak düşünce ve geleceğe yönelik beklentileri ya da tarafların beklentilerinden ve iradelerinin oluşumuna etkisinden bağımsız olarak sözleşmenin kurulduğu sırada var olan menfaatler dengesinin gelecekte de devam etmesi için gereken durum veya şartlardır[80]. Tarafların iradelerine etki eden halihazır veya geçmişteki durumlara ortak düşünce ve geleceğe yönelik beklentileri subjektif, onların sözleşme kurma iradelerinin oluşumuna etkisinden bağımsız olarak sözleşmenin kurulduğu sırada var olan menfaatler dengesinin gelecekte de devam etmesi için gereken durum veya şartlar ise objektif işlem temeli olarak ifade edilmektedir[81].

Çalışmamızda ekonomik kriz ve krizin etkilerinin azaltılması amacıyla yapılan düzenlemeler ele alındığı için konumuz objektif işlem temeline ilişkindir. Bu anlamda sözleşmenin içeriğine dahil olmamakla birlikte edim dengesinin başlangıçtaki gibi korunabilmesi için enflasyon artışının, ekonomik dalgalanmanın ülkenin öznel şartları doğrultusunda makul bir seviyede kalması, paranın reel değerinin olağan şekilde değer kaybı, devletin sözleşmeye müdahale niteliğinde olağan dışı yasal değişiklikler yapmaması her sözleşme gibi kira sözleşmeleri açısından da tarafların tasavvurlarından eş deyişle subjektif beklentilerinden bağımsız objektif şartlardır. Bunların değişmesinin sözleşmeye etkisinin ağırlığı doğrultusunda işlem temelinin çökmesi söz konusu olur.

## B. Yasal Düzenleme

Türk Borçlar Hukukunda, pacta sund servanda ilkesinin istisnalarından olan uyarlama, yalnızca aşırı ifa güçlüğüne dayalı olarak ilk defa genel nitelikli TBK m.138 hükmünün, *"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi*

[78] Rona Serozan, *Borçlar Hukuku, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (4. Bs., Filiz 2006) § 20, N.3; Herdem Belen, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh) Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri Sistematik-Değişiklik-Yenilik Değerlendirmeleriyle (Beta 2014) 359 dn.566; Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.8; Finkenauer *BGB § 313* (n 73) Rn.8-11,57; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.5.

[79] Kırkbeşoğlu (n 66) 140.

[80] Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung veränderte Umstände"im Zivilrecht* (3. Aufl., C.H.Beck'sche 1963) 184-185; Kahraman (n 68) 183-187; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 17, 86, 341-342; Özlem Tüzüner ve Kerem Öz, 'Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi', (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 421, 443-444; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3* in Gökhan Antalya (eds) (2. Bs., Seçkin 2019) N.1522-1523. Diğer tanımlar için bkz. Cashin-Ritaine (n 70) 321; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 65) 1005; Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?' *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000)506-507. İşlem temelini tanımlamak yerine hangi durumların işlem temeli sayılacağının çözülmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı yönünde bkz. Tile (n 65) 122-123.

[81] Objektif ve subjektif işlem temeli ile büyük ve küçük işlem temeli ayrımları için bkz. Stadler, § 313 BGB (n 73) Rn.3-5; Finkenauer, *BGB § 313* (n 73) Rn.12-18; Antalya (n 80) N.1522-1523. Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.2-3.

*de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır"* şeklindeki ifadesi ile düzenlenmiştir[82]. Hüküm, tüm kira sözleşmelerine uygulama alanı bulur[83]. Gerekçesinde atıf yapılan işlem temeli teorisinin 2002 reformuyla yasal düzenlemeye kavuştuğu BGB § 313 hükmünden farklı olarak TBK m.138 hükmü sözleşmenin kurulmasından sonraki eş deyişle geleceğe ilişkin durum değişikliklerini kapsamaktadır. "*Sözleşmelerin Uyarlanması ve Sona Ermesi*" (*Anpassung und Beendigung von Verträgen*) üst başlığı altında, "*İşlem Temelinin Bozulması*" (*Störung der Geschäftsgrundlage)* başlığıyla düzenlenen BGB § 313 hükmünde ise işlem temelinin yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonra çökmesi (*wegfall*) değil (BGB § 313/I), aynı zamanda sözleşmenin kurulması sırasındaki yanlış tasavvurlar nedeniyle işlem temelinin baştaki eksikliği (*fehlen*) eş deyişle esaslı ortak saik hatası da (BGB § 313/II) düzenlenmektedir[84]. Yasal sistematik bakımından Alman Hukukunda tek maddede düzenlenen işlem temelinin baştaki eksikliği ve sonradan çökmesi, Türk Hukukunda işlem temelindeki sorunun ortaya çıkış anına göre birbirinden bağımsız iki farklı hükümle düzenlenmiştir (TBK m.32, 138). İşlem temelinin sözleşmenin kurulması anında -baştan- eksik olması kaynak OR Art.24/I, b.4'ün karşılığı TBK m.32 hükmünde saikte yanılma başlığı altında düzenlenmektedir[85]. Bu doğrultuda Türk-İsviçre Hukukunda, sözleşmenin kurulduğu sıradaki ve geçmişteki durumlara ilişkin yanlış düşünce ve taavvurlar, BGB § 313/II düzenlemesinden farklı olarak irade bozukluğu türlerinden saik hatası olarak iptal edilebilirlik yaptırımına

---

82 Uyarlamanın şartlarının kümülatif olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde katıldığımız görüş için bkz. Atamulu (n 72) 408; Halûk Burcuoğlu, *Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması* (Filiz 1995) 9; Bischoff (n 65) 183; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 65) 369; Arat (n 7) 94; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 86. Uyarlama için gereken şartlardan birinin zayıflığından kaynaklanan açığın diğerinin ağırlığıyla kapatılabileceği (kum yığını teorisi) ve işlem temelinin çökmesinden bahsedilebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Kaya (n 67) 1578; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.502; Hayri Pakdil, *Türk Borçlar Kanunu Madde 138 Çerçevesinde Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020) 36; Serozan, *Borçlar Hukuku* (n 78) § 20, N.8.

83 Atamulu (n 72) 404. Hükmün TMK m.5 atfıyla borçlar, aile, miras ve eşya hukuku sözleşmeleri için de uygulanabileceği yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 39- 40; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.364; Stadler, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.6; Finkenauer, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.47; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.4; Kahraman (n 68) 286.

84 Stadler, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.3, 26; Finkenauer, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.1, 19; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.18; Arat (n 7) 91; Kahraman (n 68) 250, 282 vd.; Gümüş, *Uyarlama* (68) 27 vd.; Tile (n 65) 87-88; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.97; Kaya (n 67) 1579; Tüzüner ve Öz (n 80) 443.

85 Kocayusufpaşaoğlu 'İşlem Temeli' (n 80) 503, 511; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.50, 358. TBK m.32'deki "saiki sözleşmenin temeli sayması" ifadesi ile atıfta bulunulan sözleşme temelinin, mevcut ve geçmiş olaylara dayalı subjektif işlem temeli olduğu yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (67) 38.

tabidir[86]. TBK m.138'de ise işlem temelinin aşırı ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmenin kurulmasından sonra çökmesi ve sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması ya da sona erdirilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla TBK m.138, BGB § 313/I (*Nachträglicher Wegfall der Geschäftsgrundlage*) hükmünün tümüyle karşılığını oluşturmamaktadır. Her ne kadar BGB § 313/I'de ismen yer verilmemiş olsa da Alman Hukukunda işlem temelinin sonradan çökmesine yol açan sözleşme rizikoları, aşırı ifa güçlüğü, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkmasına dayanmaktadır[87]. Dolayısıyla Alman Hukukunda sözleşmenin değişen şartlara dayalı olarak uyarlanması, aşırı ifa güçlüğünü aşan bir üst başlıktır. Başka ifadeyle aşırı ifa güçlüğü, uyarlamanın esasını oluşturan işlem temelinin çökmesi hallerinden yalnızca birini oluşturmaktadır. TBK m.138 hükmünün, yalnızca aşırı ifa güçlüğünü düzenliyor olması haklı olarak eleştirilmiş ve uygulama alanı bakımından görüş

[86] Gümüş, *Uyarlama* (68) 97, 342; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.520; Oğuzman ve Öz (n 65) N.1837; Pınar Altınok Ormancı, 'İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki' in Osman Berat Gürzumar (eds*) Halûk Konuralp Anısına Armağan C.3* (Yetkin 2009) 95, 95; Kaya (n 67) 1578. Bu tür durumlarda TBK m.331 uyarınca önemli sebeple feshin gündeme gelebileceği yönünde bkz. Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 625. Yargıtay HGK, 972/67, 15.2.2023: "*Değişen şartların öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından önce var olan ancak taraflarca bilinmeyen veya yanlış tasavvur edilen şartlar sözleşmenin uyarlanmasına değil irade sakatlıklarına yol açar".* < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.6.2024.

[87] Gümüş, *Uyarlama* (68) 27; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.13, 23-25; Canbolat (n 77) 212 vd.; Stadler, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.15-17; BT-Drucks, 14/6040, 174-175. https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf. Erişim Tarihi 28.5.2024.

ayrılıklarına neden olmuştur[88]. Bir görüşe göre, TBK m.138 hükmünde, işlem temelinin çökmesine neden olan hallerden yalnızca aşırı ifa güçlüğü düzenlendiği için edimler arasındaki dengenin bozulması ve işlemin amacının boşa çıkması hallerinde hükmün uygulama alanı bulamayacağı savunulmaktadır[89]. Katıldığımız diğer görüşe göre ise aşırı ifa güçlüğünün hukuki temelinin işlem temelinin çökmesi teorisi olduğu

---

[88] Edimin öz değerinin veya enflasyon sebebiyle paranın (karşı edimin) değerinin düşmesi gibi borçlunun ifa güçlüğüne düşmediği ancak borçlunun ediminin değerinin, karşı edim karşısında düşük veya yüksek kaldığı durumları TBK m.138'in dışında bırakmanın isabetli olmadığı, işlem temelinin çökmesi hükmü olarak daha kapsayıcı şekilde kaleme alınması gerektiği yönünde bkz. Esma Elif Şafak Sarıkaya, *Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı* (On İki Levha 2022) 192; Ayşe Havutçu, 'İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu, Özel Sayısı *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III Prof. Dr. Cevdet Yavuz"a Armağan* (Legal 2012) 307, 325; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 36 vd.; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.525 vd. Konuya ilişkin olarak Adalet Komisyonu Raporunda ise şu ifadelere yer verilmiştir: "*Tasarının 137 nci maddesi teselsül nedeniyle 138 inci madde olarak aynen kabul edilmiştir. Ancak, Tasarının 137 nci maddesi ile ilgili tekrir-i müzakere talebinde bulunulmuş ve maddenin yeniden görüşülmesi sırasında, madde başlığının "sözleşmenin uyarlanması " biçiminde değiştirilmesi, aşın ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerinin de mukayeseli hukuk ve doktrin temelinde düzenlenmesi gereği dile getirilmiştir. Sorunla ilgili olarak bir öneri de geliştirilmiş, çözüme bilim kurulu karşı çıkmış, Komisyonca, Genel Kurul aşamasına kadar bir önerge geliştirilmesi temennisi ile madde oylanmıştır. Konu ile ilgili Avrupa Sözleşme Hukuku maddesi şöyledir: "Madde 6:111: Hâl ve Şartların Değişmesi 1) Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin, ifa ister edim için gerekli harcamaların artması ister karşı edimin değerinin düşmesi nedeniyle ağırlaşmış olsa dahi, yerine getirilmesi gerekir. 2) Ancak eğer sözleşmesinin ifası şartlardaki değişiklik sonucu aşırı ölçüde güçleşmiş ise taraflar aşağıdaki şartların mevcudiyeti hâlinde sözleşmenin değiştirilmesini veya sona erdirilmesini müzakere etmekle yükümlüdürler: a) Hâl ve şartların sözleşmenin kurulmasından sonra değişmiş olması; b) Hâl ve şartların değişme ihtimalinin sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemeyecek olması; c) Sözleşmeyle, hâl ve şartların değişmesi riskinin bundan etkilenen kişiye yükletilmemiş olmasu 3) Tarafların uygun bir süre içerisinde mutabakata varamamaları hâlinde, mahkeme, a) Kendi tespit edeceği bir tarihte ve şartlarla sözleşmeyi sona erdirebilir; veya b) Hâl ve şartların değişmesinden kaynaklanan kâr ve zararı taraflar arasında adil bir biçimde paylaştırmak suretiyle sözleşmeyi uyarlayabilir. Her iki durumda da mahkeme, taraflardan birinin müzakereden kaçınmasından veya müzakereleri dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kesmesinden kaynaklanan zararın tazminine de hükmedebilir." Konu ile ilgili Alman Medeni Kanunu hükümleri şöyledir: "BGB § 313 İşlem Temelinin Bozulması 1) Sözleşmenin temelini oluşturan hâl ve şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra ağır bir biçimde değişmiş ve taraflar bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka bir içerikle yapacaklarsa, somut olayın özelliklerinin, özellikle de kanuni veya sözleşmesel risk dağılımının göz önünde tutulması sonucunda taraflardan birinden sözleşmeye olduğu gibi bağlı kalmasının beklenemeyeceği durumlarda, sözleşmenin uyarlanması istenebilir. 2) Tarafların sözleşmenin temeli hâline gelen esaslı tasavvurlarının sonradan yanlış olduğunun ortaya çıkması, hâl ve şartların değişmesine müsavidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi (S. Sayısı: 321) -273- 3) Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı veya taraflardan birinden beklenemediği durumlarda, mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerini fesih hakkı alır. BGB § 314 Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi Kündigung von Dauerschuldverhaltnissen aus wichtigem Grund 1) Taraflardan her biri haklı sebeplerin mevcudiyeti hâlinde sürekli bir borç ilişkisini, bir fesih süresine riayet etmeksizin feshedebilir. Somut olayın bütün özelliklerinin göz önünde bulundurulması ve karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi sonucunda fesih hakkını kullanan taraftan sözleşmeye kararlaştırılan sürenin veya fesih süresinin dolmasına kadar devamının beklenemeyeceği durumlarda haklı bir sebep mevcuttur. 2) Haklı sebebi sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlalinin oluşturduğu durumlarda, fesih hakkı, verilen ek sürenin sonuçsuz kalmasından sonra kullanılabilir. § 323fıkra 2 hükmü1 kıyasen uygulanır. 3) Hak sahibi fesih hakkını sadece, fesih sebebini öğrendikten sonra uygun bir süre içerinde kullanabilir. 4) Fesih hakkının kullanılmış olması, tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmaz." Tasarı, ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerini kapsamamaktadır. İfa güçlüğü oluşturmasa bile karşı edimin değerinin azalması sebebiyle edimler-arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelinin çökmesi hâlleri dışarıda bırakılmıştır. Bu durumda uyarlamanın düzenlenmemesi tercih olunmalıdır. Çünkü bu hâlde, diğer uyarlama sebeplerinin aksi ile kanıt yorumu yoluyla yasaklandığı sonucuna ulaşılabilir. Doktrin buna özellikle işaret etmektedir (Dr. Arat, Ayşe. Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ank.2006, Dr. Topuz, Seçkin. Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale. Yayınlanmamış (yakında yayımlanacak doktora tezi). Düzenleme yokluğunda yargı (TMK m.2/I veya m.1/II) yoluyla somna özgü içtihat hukukunu geliştirerek ihtiyacı giderecektir". www.*

[89] Tüzüner ve Öz (n 80) 440; Canbolat (n 77) 232-233. Edimler arasındaki dengenin bozulması ve işlemin amacının boşa çıkması hallerinde, TBK m.138'in uygulanamayacağı, uyarlama boşluğunu dolduracak yedek hüküm de bulunmadığından TMK m.1 uyarınca bu boşluğun doldurulması gerektiği, boşluğu doldururken TMK m.2 dürüstlük kuralından faydalanılacağı yönünde bkz. Kahraman (n 68) 335, 342-343. İfa güçlüğü dışında işlem temelinin çöktüğü diğer hallerde sorunun MK.m.2 ve m.1/II hükümlerine dayanılarak içtihat yoluyla çözümlenmesi gerekeceği yönünde bkz. Cem Baygın, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler' (2010) XIV (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 143.

göz önüne alınarak TBK m.138 hükmünün kapsamına genişletici yorum ile edimler arası dengenin bozulması ve işlemin amacının boşa çıkması da dahil edilmektedir[90].

## C. Şartları

### 1. Durum Değişikliği Yaratan Bir Olayın Gerçekleşmesi

Türk Borçlar Kanunu m.138 hükmünde, uyarlamanın şartlarından biri olarak olağanüstü bir durumun, sözleşmenin şartlarını değiştirmesi aranmaktadır. Hükmün ifadesindeki olağanüstü durum ile bir olayın gerçekleşmesi kastedilmektedir[91]. Söz konusu olayın ortaya çıkış anı, niteliği ve sözleşmeye etkisi bakımından belirli özellikleri taşıması gerekir. Olağanüstü olay, sözleşmenin kurulmasından sonra ve ifa gerçekleşmeden önce ortaya çıkmış olmalı ya da uyarlama talep eden taraf borcunu haklarını saklı tutarak ifa etmelidir[92]. Olayın niteliği bakımından ise görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir kısım yazara göre, uyarlama için işlem hayatının ve toplumun genelini ya da çok sayıda sözleşme ilişkisini etkileyen, kişileri aşan ve objektif nitelikte olağanüstü olayın gerçekleşmesi gereklidir[93]. Bu tür olaylar, toplumun geneline veya bir kısmına etki eden sosyal felaketler (*Sozialkatastrophen*) olarak isimlendirilmektedir[94]. Hükmün gerekçesinde atıf yapılan, işlem temeli teorisinin esas alındığı BGB 313/I'de, uyarlamaya sebep olabilecek durum değişikliklerinin, olağanüstü olaylara dayanması aranmamaktadır[95]. Gerekçede bir yandan BGB § 313 ile

---

[90] TBK m.138'deki aşırı ifa güçlüğünün, genişletici yorumla edimler arası aşırı oransızlığı ve amacın boşa çıkmasını da kapsayacak şekilde kullanıldığının kabul edilmesi gerektiği ve anılan olay gruplarının sözleşme rizikosu olduğu yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 127-129. Yasanın amacı ve negatif eşitlik ilkesi doğrultusunda örtülü kanun boşluğu bulunduğu kabul edilerek teleolojik redüksiyon yöntemi ile düzenlemenin tamamlanması için edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının da hükmün kapsamına dahil edilmesi ve işlem temeli teorisinin kapsamının aşırı ifa güçlüğü ile edimler arasındaki dengenin bozulması olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Tile (n 65) 281. Yasa koyucunun TBK m.138'de sadece aşırı ifa güçlüğünü düzenlemesinin amacın boşa çıkmasını ve edimler arası dengenin bozulmasını dışladığı şeklinde yorumlanamayacağı, bu yorumun kabul edilmesi halinde hükmün fiilen uygulanamayacağı yönünde bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.525-528. TBK m.138'ün lafzı ile anlaşılırsa kiraya verenin özellikle aşırı enflasyon nedeniyle kira bedelinin reel değerinin aşırı düştüğü durumlarda uyarlama davası açamayacağı, hükümde örtülü kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilerek teleolojik redüksiyon ile TBK m.138'in edimler arası aşırı oransızlık şeklinde ortaya çıkabilecek diğer işlem temeli bakımından da uygulanabileceği yönünde bkz. Gümüş, *Kira* (n 5) 84-85. TBK m.138'in yasalaşma süreci değerlendirildiğinde yasa koyucunun işlem temelinin çökmesi hâllerinin Türk hukukunda en sık rastlanan hâllerine ilişkin çözüm getirmemesi ve aşırı ifa güçlüğü hâlinde işlem temelinin çökmesinin diğer iki hâline ilişkin çözümü yargıya bırakmasının yerinde olmadığı yönünde bkz. Yörük (n 65) 43-44. Hükmün geniş yorumlanması ve edimler arası dengenin bozulması durumlarında da uygulama alanı bulması gerektiği yönünde bkz. Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 633. TBK m.138 hükmünün, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasını da düzenlediği yönünde bkz. Antalya (n 80) N.1532.

[91] Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 133.

[92] Tile (n 65) 126; Pakdil (n 82) 38; Görmez (n 5) 150 vd.; Arat (n 7) 95, 123; Bischoff (n 65) 184.

[93] Bischoff (n 65) 184; Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)* (Güney 1950) 106-107; Gümüş, *Kira* (n 5) 84.

[94] Bischoff (n 65) 184. Yargıtay da olağanüstü nitelikle olayların yarattığı durum değişikliklerinin gerçekleşmesini aramaktadır. Yargıtay HGK, 972/67, 15.2.2023: "*Somut olay itibariyle sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin şartlardan; sözleşmenin değişen şartlarının taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum oluşturmasının üzerinde durulması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar, sözleşmenin kuruluşu safhasında mevcut olmayan ve o zamanki gerçeklerle bağdaşmayan, ancak sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkmış olan ve sözleşme bakımından belirli bir önemi haiz bulunan olaylardır. ...Ayrıca sonradan ortaya çıkan olağanüstü durum toplumun tamamını yahut belirli bir kısmını etkilemiş olmalıdır. Sadece birkaç borçluyu etkileyen olaylar sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir*" < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.6.2024.

[95] Gümüş, *Uyarlama* (68) 37.

yasal düzenleme haline gelmiş olan işlem temeli teorisine atıf yapılması, diğer yandan uyarlama kurumunun olağanüstü bir olaya dayanan durum değişikliği üzerinden yapılandırılması haklı olarak eleştirilmektedir[96]. Katıldığımız görüş uyarınca, TBK m.138 hükmünde ifadesini bulan olağanüstü olayı, uyarlamanın amacı doğrultusunda geniş yorumlamak gerekir[97]. Hükmün ratio legisi, sonradan değişen şartlar nedeniyle bozulan edim dengesinin denkleştirici adalet ilkesi ışığında onarılmasını sağlamak ve başlangıçtaki sözleşme adaletini yeniden tesis etmektir[98]. Dolayısıyla bu kurum sözleşmedeki edim dengesini eş deyişle doğrudan tarafların hukukunu ilgilendirir. Doğaldır ki bozulan edim dengesinin yeniden tesisi toplumsal barışı ve ekonomik kamu düzenini de etkileyecektir. Ancak bu sonuç dolaylıdır, uyarlamanın asli amacı değildir. Uyarlama için olağanüstü olayın toplumu etkileyecek boyutta olmasının aranması hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır.

Olayın nitelemesinde, coğrafi veya demografik olarak yaygınlığından değil, halihazır sözleşme ilişkisine etkisine ağırlığından hareket edilmelidir. Kaldı ki hükümde, durum değişikliğine neden olan olayın borçludan kaynaklanmaması aranmaktadır. Toplumun genelini veya bir kısmını etki altında aldığında olağanüstü sayılan bir olayın taraflardan birinden kaynaklanması mümkün görünmemektedir[99]. Şu hâlde bu şartın arandığı bir kurumda, durum değişikliğine neden olan olay, objektif ve sözleşme bakımından işlem temelinin çökmesine yol açabilecek nitelikte olmalıdır[100]. Eş deyişle pacta sund servanda ilkesinden ayrılmayı gerektirecek ağırlıkta olmalıdır. Bu doğrultuda, bir olayın, uyarlamaya neden olabilmesi için toplumun genelini veya tüm sözleşme ilişkilerini değil münferit sözleşmeleri etkilemesi, diğer şartların varlığı ile yeterli sayılmalıdır. 2018 yılından itibaren

---

96 İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 167; Gümüş, *Uyarlama* (68) 135-136; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 625.

97 Genele yaygınlık taşımayan, lokal, taraflara özgü, özel nitelikli ve fakat objektif nitelik taşıyan durum değişikliklerinin de uyarlamaya imkân tanıması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 134. Ayrıca yazara göre, hükmün içerdiği örtülü boşluk, amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) ile olağanüstülük şartının kaldırılması ile doldurulmalıdır. Bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 64) 136. Hükmün bu konuda da amaca uygun yorumlanması ya da örtülü boşluk yoluyla tamamlanmasının gerektiği, sadece sözleşme taraflarını etkileyen özel nitelikte bir değişikliğin de olağanüstü sayılabileceği yönünde bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.572. Genişletici yorumla, olağanüstü olmayan durumlarda da uyarlamayı kabul eden ve öngörülemezlik ölçütünün açığı kapatacağı yönünde bkz. Cüneyt Pekmez, 'Kısa Süreli Sözleşmelerin Uyarlanmasının 30.12.2002 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der Yayınları 2015) 731, 739-740. Olağanüstü olay ifadesini, mücbir sebep ve beklenmeyen hali de içine alan geniş anlamda olağanüstü olay olarak değerlendiren ve olağanüstü olayın sözleşme şartlarında değişiklik yaratabilmesi için mutlaka deprem, sel, heyelan gibi doğal afet veya savaş, salgın, ekonomik kriz gibi sosyal felaket mertebesinde bir ağırlığa sahip olmaması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Esma Elif Şafak Sarıkaya, 'Olağanüstü Olayların Tasnifi ve Borç İlişkilerine Etkilerinin Çeşitli Görünümleri: Covid-19 Örneği Üzerinden Bir İnceleme' (2022) 10 (20) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 340-341. Sonradan meydana gelen değişikliklerin olağanüstü nitelikte olmasının gerekmediği yönünde bkz. Arat (n 7) 96, 103, aynı yönde bkz. Tüzüner ve Öz (n 80) 459. Yasada yer alan olağanüstü ifadesinin, taraflardan en az birini beklenmedik şekilde etkileyen yeni olaylar şeklinde anlamlandırmanın daha isabetli olduğu yönünde bkz. Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 626. İşlem temelinin çökmesinin istisnai niteliğini vurgulayan olağanüstü olay şartını aramaya ihtiyaç bulunmadığı, olağan değişikliğin sözleşmenin temeline etki edecek önemi haiz olup olmadığının değerlendirileceği yönünde bkz. Kaya (n 67) 1582. İşlem temelinin çökmüş sayılabilmesi için sosyal felaket tarzında olağanüstü olayların şart olmadığı, diğer bütün şartlar gerçekleşmiş olmak kaydıyla işlem temelinin çökmesine yol açabilecek ağırlıkta bir olayın gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temeli' (n 80) 513-514. Aynı yönde Doğan (n 70) 22.

98 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 2; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.54.

99 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 136; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 625.

100 Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temeli' (n 80) 513-514.

derinleşen ekonomik kriz ve yüksek enflasyona bağlı olarak paranın reel değeri eş deyişle alım gücü dramatik şekilde düşmüş, inşaat maliyetlerinin aşırı artması ile konut projeleri durmuş, halihazır konut stoku barınma ihtiyacının giderilmesinde yetersiz kalmıştır. Hayat pahalılığı ile orantılı olarak kira bedelleri fahiş artmış ve yaşanan bu olumsuzlukların önüne geçebilmek için devlet yenilenen dönem kira bedellerinin artışına sınır getiren yeni ve emredici yasal düzenlemeler ile ekonomik kamu düzenine müdahale etmiştir. Söz konusu ekonomik kriz ve onun doğrudan sonuçları arasında yer alan yüksek enflasyon ve paranın değerinin aşırı derecede düşmesi, ülkenin genelini ve kira sözleşmeleri ile pek çok borç ilişkisini etkileyen, kişiler üstü ve objektif nitelikli olaylardır. Dolayısıyla Yargıtay'ın yaklaşımı ile paralel olan birinci görüşün doğrudan, ikinci görüşün ise evleviyetle kapsamında yer almaktadırlar. Ekonomik krizin etkilerini azaltmak için devletin kamu düzenine yeni yasal düzenlemelerle müdahale etmesi ise krizin dolaylı etkisidir[101]. Zira ekonomik kriz, durum değişikliği yaratan sosyal olayın bizatihi kendisidir, yasal düzenlemeler ise onun dolaylı sonucudur.

### 2. Olayın Öngörülmemesi veya Öngörülmesinin Beklenememesi

Uyarlama için durum değişikliği yaratan olayın, uyarlama talep eden tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülememesi veya öngörülmesinin beklenemez (*Unvoraussehbarkeit*) olması gerekir. Öngörülmesine rağmen muhtemel risk için sözleşmede bir önlem alınmamış ise uyarlamanın söz konusu olmayacağı açıktır. Aynı iş çevresindeki dürüst ve makul bir kişinin öngörmesinin beklendiği olayın yaratacağı durum değişikliğini öngörmemiş olan taraf da yeni duruma katlanmalıdır[102]. Gerekli özenin gösterilmesine rağmen sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen ve öngörülmesi beklenemeyen olayların gerçekleşmesi halinde bundan etkilenen tarafın yeni duruma katlanmak zorunda olduğu sonucuna varmak adil değildir. Öngörülemezlik durum değişikliği yaratan olayın veya sözleşmeye etkisinin tahmin edilememesini de kapsamaktadır[103]. Bu açıklamalar ışığında, kural olarak bir miktar para borcundan ibaret kira bedelinin reel değerinin aşırı derecede düşmesine neden olan ekonomik krizin ve krizin etkilerinin azaltılması için yapılan yasal değişikliklerin öngörülebilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Gelişmiş ekonomilerde, kural olarak öngörülemeyen bir olgu olarak kabul edilen ekonomik

---

101 Şafak Sarıkaya, 'Olağanüstü Olay' (n 97) 343-344.

102 Nurten İnce, 'Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki' Legal Hukuk Dergisi (2016) 14 (165) 4845, 4863; Bischoff (n 65) 204; Gürsoy (n 92) 108-109; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.587; Finkenauer, *BGB § 313* (n 73) Rn.74; Kahraman (n 268) 352; Topuz (n 67) 237; Arat (n 7) 106-107; Gülekli (n 72) 48-49; Kaya (n 67) 1583. Bu durumların işlem temelinin çökmesine yol açmayacağı yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 227.

103 Gümüş, *Uyarlama* (n 64) 248-249; Bischoff (n 65) 205; Arat, s.108; Gürsoy (n 92) 108-109; Kaplan (n 65) 152. Yargıtay 3 HD, 8316/2369, 20.03.2019: "*Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilir nitelikte olmamalı veya olaylar öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir*" < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.7.2024. XXX

kriz, ülkemiz özelinde öngörülebilir sözleşme riski olarak kabul edilmektedir[104]. Bu bakış açısı eleştirilmekle[105] beraber günümüzde ekonomi biliminin ve bilgiye erişim imkanlarının geldiği nokta karşısında yaklaşan küresel veya yerel bir ekonomik krizin öngörülemeyeceğini söylemek güçtür. Ancak ekonomik krizin bizatihi kendisinin öngörülebilmesi çok defa mümkün ise de derinliği ve etkileri, ekonomi ve finans uzmanları tarafından bile tahmin edilememektedir. Yaşanan son ekonomik krizin de çok kısa bir süre içinde yarattığı tahribatın da öngörülebilir olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Nitekim doktrinde, 1979, 1994, 2002 ve 2008 yıllarında yaşanan ekonomik krizden daha ağır olan 2021 ekonomik krizinin, önceki krizlerin varlığına rağmen uyarlama talebine temel oluşturabileceği ifade edilmektedir[106]. Dolayısıyla kural nominalizm ilkesi gereği, kiraya verenin paranın değerindeki düşmeye katlanması ise de ekonomik kriz nedeniyle paranın değerinin çok kısa sürede aşırı bir şekilde düşmesi halinde uyarlama imkânı mevcuttur[107]. Ekonomik krizin etkilerinin hafifletilmesi ve sosyal devletin özünde yer alan temel haklardan barınma ihtiyacının giderilebilmesi için kira sözleşmelerinin kurulması sırasında göz önünde bulundurulan TBK m.344 hükmünde 2019, 2022 ve 2023 yılında yapılan değişiklikler, kiraya verenleri olumsuz etkilemiştir. Normal şartlar altında, toplumun ihtiyaçları doğrultusunda yasal değişiklikler yapılabileceği kişiler bakımından öngörülebilir olarak kabul edilmelidir[108]. Buna karşılık yasa koyucunun, örneğin serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu bir düzende, sözleşme özgürlüğüne istisna yaratan yasal düzenlemelerle müdahale etmesinin öngörülebilmesi mümkün değildir[109]. Bu

---

[104] Konu hakkındaki açıklamalar ve ekonomik krizin öngörülebilir olmadığı durumlar için bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.613; Gümüş, *Uyarlama* (n 64) 227-228.Yargıtay HGK, 13-1614/900, 12.11.2024: "…*Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır…*" < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.7.2024.

[105] Tüketici kredileri bakımından Tüzüner ve Öz (n 80) 458 vd.

[106] Gümüş *Uyarlama* (n 68), 248-249.

[107] Kahraman (n 68) 269, 271; Finkenauer, *BGB § 313* (n 73) Rn.187; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.24. Kronik enflasyon ortamında bile öngörüleri aşan enflasyon oranının edimler arası dengeyi ağır ve açık şekilde bozması halinde uyarlamanın mümkün olacağı yönünde bkz. Arat (n 7) 116.

[108] Aksi yönde bkz. Kahraman (n 68) 268. 85 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve buna istinaden çıkarılan 2018-32/51 Sayılı Tebliğ ile 2018/32/52 Sayılı Tebliğ'in TBK 138'de anılan "*taraflarca öngörülmeyen veya öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durum*" kapsamında sayılabileceği yönünde bkz. Uysal (n 50) 151; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.578-580. Aksi yönde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 257. Yenilenen dönem kira bedeli artışlarını yüzde yirmi beş ile sınırlayan geçici maddenin, ölçüsüz bir sınırlama getirdiği ve taraflar arasındaki dengeyi kiraya veren aleyhine makul karşılanamayacak oranda bozduğu yönünde bkz. Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 372. Yenilenen dönem kira bedeli artışlarını yüzde yirmi beş ile sınırlayan geçici maddelerin, sözleşme dengesini kiraya veren aleyhine bozabilecek nitelikte olduğu için bu uyarlamanın mümkün olabileceği yönünde bkz. Özlem Sarı Fidan, 'Kira Bedeli Artışına İlişkin Hukuki Sınırlamalar Karşısında Kira Bedelinin Uyarlanması Davasının Değerlendirilmesi' (2024) 32 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 599, 607.

[109] Yasa değişikliğinin olağandışı bir müdahale niteliği taşıması gerektiği yönünde bkz. Bischoff (n 65) 188. Yasa koyucunun öngörülemez ve sözleşme dengesini bozan bir müdahalesinin aranması gerektiği yönünde bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.578-580. Yasa değişikliklerinin istisnai ve nadir nitelik taşıması gerektiği yönünde bkz. Gümüş *Uyarlama* (n 68), 255. Yasa değişikliklerinin sözleşmenin sübjektif (dolaylı) amacının boşa çıkmasına neden olması, ifa maliyetini aşırı ölçüde artırarak borçlunun nimet-külfet dengesinde borçlu aleyhine aşırı orantısızlık meydana getirmesi veya edim dengesini aşırı ölçüde bozması halinde işlem temelinin çöktüğü sonucuna varılabileceği yönünde bkz. Kahraman (n 68) 269.

noktada kira bedelinin sınırlanması konusunda ülkemizde yirmi yıl önce yapılan düzenlemelerin varlığı da uyarlama talep eden kiraya verenler bakımından mevcut düzenlemelerin öngörülebileceği yönünde bir değerlendirmeye sebep olmamalıdır[110]. Kaldı ki yasa değişiklikleri, olağan şartlar altında değil de ağır bir ekonomik krizin etkilerinin azaltılması için yapıldığından esasen kira sözleşmeleri bakımından durum değişikliğine neden olayın kendisi değil onun dolaylı etkisidir. Bu nedenle ekonomik krizin öngörülemezliği ya da sonuçlarının tahmin edilememesinin tespiti uyarlamanın bu başlık altındaki şartının gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Ancak krizin başlaması ile etkilerinin zamana yayılarak gerçekleşmesi yine de göz önüne alınması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkabilir. Şöyle ki konut kirasının kurulduğu sırada inceleme konumuz kapsamındaki ekonomik kriz henüz başlamamış veya başlamış olup da henüz etkileri ve sonuçları bakımından bir tahmin yapılamıyor ise bu sözleşmeler açısından öngörülemezliğin kabul edilmesi gerekir. Ancak ekonomik krizin başlamasıyla birlikte etkilerinin hızlandığı dönemde, özellikle ekonomik krizin inşaat ve konut sektörüne etkilerinin hafifletilmesi için devletin kamu düzenine müdahale edebileceğinin gündem konusu olduğu dönemde yapılan kira sözleşmeleri bakımından öngörülebilirlik daha zor görünmektedir. Yasal değişikliklerin yapılmaya başlanmasının ardından da yine öngörülebilirlik konusuna ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Özellikle ülkemiz gibi gelişmekte olan ekonomiler bakımından durum değişikliğine neden olan ekonomik krizin veya sonuçlarının öngörülebilirliği konusunda kira sözleşmesinin kurulduğu an esas alınarak, sözleşmenin süresi ve taraflara ilişkin özellikler dürüstlük kuralı ışığında değerlendirilerek sonuca varılmalıdır[111].

Öngörülemezliğin değerlendirilmesinde ele alınan ölçütlerden biri olan sözleşmenin süresi konumuz bakımından özel önem arz etmektedir. Genel kabul kısa süreli sözleşmelerde, uzun süreli sözleşmelere göre öngörülemezliğin zayıfladığı yönündedir[112]. Farklı yöndeki kararlara rağmen Yargıtay 2002 yılında, kısa süreli sözleşmelerde de uyarlamanın söz konusu olabileceğine hükmetmiştir[113]. Kısa süreli kira sözleşmesi, bir yıl veya daha kısa süreli olup TBK m.347 gereği birer yıllık sürelerle yenilenen sözleşmeler, uzun süreli kira sözleşmeleri ise bir yıldan uzun süreli sözleşmeler olarak anlaşılmalıdır. Kanımızca da kısa süreli

[110] TBK'nin yürürlüğünden önce 6570 sayılı GKHK'ye 4531 sayılı Yasa m.1 ile eklenen geçici m.7 uyarınca, taraflarca belirlenen kira bedellerinin 2000 yılında yıllık yüzde yirmi beş, 2001 yılında ise yıllık yüzde on oranında artırılabileceği, taşınmazın bulunduğu bölgede rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bkz. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4531, Kabul Tarihi: 16.02.2000, RG 18.02.2000/23968. Anayasa Mahkemesi, 2000 yılında hükmün anayasaya aykırılığı konusunda yapılan başvuruyu reddederek hükümdeki "*... 2000 yılında yıllık %25...*" ifadesinim Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2000/26, 16.11.2000. Ardından 2001 yılında yapılan başvuruyu ise hükümde yer alan *"... 2001 yılında ise yıllık %10..."* ifadesinin mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle ile iptal etmiştir. Bkz. Anaysa Mahkemesi, 2001/303, 19.07.2001. Konu hakkında bkz. Altaş (n 17) 99 vd.; Sarı Fidan, 'Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (n 4) 369-370.

[111] Bischoff (n 65) 206-207; Kaya (n 67) 1585 vd.

[112] Kaya (n 67) 1585 vd.; Bischoff (n 65) 208; Arat (n 7) 110; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.619; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 244.

[113] Yargıtay HGK, 13-852/864, 30.10.2002: *"Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlandırma bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabileceğinin kabulü gerekir..."*. < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.7.2024.

kira sözleşmelerinde de uyarlamanın kabul edilmesi mümkün ise de somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir. Özellikle bir yıldan fazla süreli sözleşmelerde, kararlaştırılan sürenin tamamlanması ile yenileme söz konusu olacağından bu süre içinde artış kaydının olmadığı durumlarda öngörülemezlik daha kolay tespit edilebilecektir. Başka ifadeyle süre uzadıkça belirsizlik nedeniyle risk ihtimali artacaktır. Son olarak öngörülemezliğin tespitinde taraflara da değinmek gerekmektedir. Buna göre kiraya veren kendi subjektif özellikleri nedeniyle öngörememişse de durum değişikliği yaratan olayın aynı şartlar altındaki dürüst ve makul bir kişi tarafından öngörülebileceği sonucuna varılabiliyorsa öngörülemezlik şartı sağlanmamış olur[114].

### 3. İşlem Temelin Çökmesi: Edimler Arası Dengenin Bozulması

İşlem temeli teorisinin esas alındığı BGB 313/I uyarınca, sözleşmeye müdahale edilebilmesi için sonradan ortaya çıkan olayların, işlem temeli sayılan durumlarda esaslı değişiklik yaratması gerekir[115]. Doktrinde TBK m.138'de açıkça yer verilmemişse de hükümde yer alan "*borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa*" ifadesindeki ifa güçlüğünün aşırılığına yapılan vurgunun, durum değişikliğinin esaslı olması gerektiğinin örtülü olarak kabul edildiğini gösterdiği ifade edilmektedir[116]. Esaslı değişiklik ise taraflardan en az birinin şartların bu şekilde değişeceğini bilseydi, sözleşmeyi hiç kurmayacağı veya başka şartlarla kuracağının kabul edildiği hallerde söz konusu olur[117]. Bu noktada tarafların farazi iradesi, durum değişikliği yaratan olayın öngörülemezliği, risk dağılımı, sözleşme süresi, sözleşmenin tipi ve ifanın beklenebilir olup olmadığı değerlendirilerek tespit edilir[118]. Kanımızca konut kiralarında da bu kira sözleşmesinin dönemlerinin uzunluğu, sözleşmenin sona ermesi için gereken süre, yasal artış sınırı gibi somut olaya göre değişebilecek unsurlar değerlendirilmelidir. TBK m.138 hükmü işlem temelinin çökmesine neden olan durum değişikliklerinden yalnızca aşırı ifa güçlüğüne özgülenmiştir. Oysa edimler arası dengenin bozulması hali, işlem temelinin çöktüğünün kabul edildiği esaslı durum değişikliklerinden en yaygın olanıdır[119]. Ekonomik kriz nedeniyle kira bedelinin reel değerinin aşırı derecede düşmesine ek olarak yapılan sınırlayıcı yasal düzenlemeler de kiraya verenler açısından kiralananın teslimi ve sözleşme

---

114 Tile (n 65) 136; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.630; Kaya (n 67) 1588.

115 Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.16; Tile (n 65) 89; Finkenauer, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.58; Fries, *BGB § 313* (n.73) Rn.13; Topuz (n 67) 228; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.510, 525, Canbolat (n 77) 218; Serozan, *Borçlar Hukuku* (n 78) § 20, N.1.

116 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 100.

117 İnce (n 102) 4857; Canbolat (n 77) 219; Tile (n 65) 89; Finkenauer, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.58. Bu ölçütü, akdedilmezlik olarak değerlendiren yazar için bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 138. Bu ölçütü subjektif unsur olarak değerlendiren yazar için bkz. Kahraman (n 68) 291. Varsayıma dayalı unsur olarak değerlendiren yazar için bkz. Topuz (n 67) 230. Bu noktada ayrıca olayın öngörülemezliği ve durum değişikliği yaratan olayın kiraya verenden kaynaklanmamış olması da önemlidir.

118 Finkenauer, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.58; İnce (n 102) 4858.

119 Gümüş, *Uyarlama* (n 67) 127; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.529.

süresi boyunca kullanıma hazır bulundurma borcunun ifası için gereken eforun veya ekonomik yükün ağırlaşması ya da ağır maliyetlerin doğması ile güçleşmesine değil edimler arası dengesizliğe vücut vermektedir[120]. Çünkü ekonomik kriz ve krizin etkilerinin azaltılabilmesi için paranın reel değerinin düşmesine ek olarak kira bedellerinin yabancı para üzerinden kararlaştırılmasının istisnai durumlar hariç yasaklanması ve konutlarda yenilenen kira dönemlerinde artış oranının yüzde yirmi beş ile sınırlanması, birçok büyükşehirde kira bedellerinin, kullanma giderleri ile eşitlenmesine veya bunların altında kalmasına ve kiralananın kullanım sebebiyle olağan yıpranmalarını dahi karşılayamaz hale gelmesine neden olmuştur (TBK m.314, 334/I, c.2). Şöyle ki kira bedeli, kiracının kiralananı kullandığı sürede gelişen sözleşmeye uygun kullanıma dayalı olağan yıpranmaları da kapsar. Bu nedenle sözleşmenin sonunda kiralanandaki olağan yıpranmaların bedeli kiracıdan ayrıca istenemez. Oysa birçok konut kirasında paranın reel değerinin aşırı şekilde düşmesi ve sınırlayıcı yasal değişiklikler, kira bedellerinin artık olağan yıpranmaları da karşılayamaz hale gelmesine neden olmuştur. Ekonomi biliminde kullanılan bir yöntem olarak kiralananın edinilmesi için gereken sermayenin hesaplanması için kira süresi ile kira bedellerinin çarpımı şeklinde kullanılan formülde, kira çarpanı çok düşük kaldığı için konutun edinildiği sermayenin amorti edilmesi için gereken süreler çok artmıştır. Bu gelişmeler esasen kira sözleşmeleri bakımından objektif işlem temeli oluşturan kira bedelinin kararlaştırıldığı para cinsinin değerinin, olağan şekilde artan enflasyonun ve kira bedelinin sınırlanmasına ilişkin mevcut yasal düzenlemelerin değişmesi anlamındadır. Nitekim sözleşmelerde başlangıçtaki durumun değişmesinde hem ekonomik krizin hem de bu krizi gidermek için yürürlüğe konulan mevzuatın etkili olduğu açıkça ifade edilmektedir[121]. Andığımız değişiklikler, kiraya verenlerin çoğu açısından sinallagma ilişkisi içindeki karşı edimi ekonomik bakımdan anlamsızlaştırmıştır.

Aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olduğu durumların çoğunda edimler arası dengenin bozulması da gerçekleşmekte ise de her iki kavramın farklılıkları bulunmaktadır[122]. Zira aşırı ifa güçlüğü en öz anlatımla sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen olağanüstü olaylar sonucu oluşan yeni durumun, borçlu bakımından borcun ifasında elde edeceği menfaate oranla katlanılması beklenemeyecek ek maliyetler ve yeni yükümlülükler getirmesi olarak ifade edilebilir[123]. Aşırı ifa güçlüğü ile edimler arası dengesizlik arasındaki farklılıklardan ilki, uyarlama hakkına sahip olan kişi bakımdan kendini göstermektedir. Aşırı ifa güçlüğünün öznesi borçludur. Eş deyişle ifada güçlük yaşanması, borçlu için söz konusu olabilir. Bu nedenle uyarlama borçlu tarafından

120 Gümüş, *Uyarlama* (n 67) 125-127.

121 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.534

122 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.538. Aşırı ifa güçlüğüne örnek oluşturan olayların hepsinde aynı zamanda edimler arasındaki dengenin bozulmasının da söz konusu olduğu yönünde bkz. Tile (n 65) 27.

123 Aşırı ifa güçlüğü için bkz. Baysal *Uyarlama* (n 7) N.537; Kahraman (n 68) 341; Stadler, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.17; Gümüş, *Uyarlama* (n 67) 120; Tile (n 65) 26, 29, 125.

talep edilebilir[124]. Edimler arasındaki dengenin bozulmasından söz edilebilmesi için öncelikle karşılıklı edimlerin diğer deyişle iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı gerekir[125]. Dengesizlik, karşı edimin değerinin yükselmesinden veya düşmesinden kaynaklanabilir. Dolayısıyla edimin değerindeki değişiklik, alacaklı veya borçlu tarafın hangisi aleyhine dengesizlik yaratıyorsa o taraf uyarlama talep edebilir[126]. İnceleme konumuzda da para edimi borçlusu kiracının lehine gerçekleşmiş olan durum değişiklikleri nedeniyle edimler arasındaki denge kiraya veren aleyhine bozulmuştur[127]. Edimler arası dengesizlikte, uyarlama talep edilebilmesi için ifanın güçleşmesi aranmaz[128]. Yargıtay kiraya verenin uyarlama talepleri bakımından edimler arasında aşırı dengesizlik ifadesini kullanmakta ve dengesizliğin açık ve aşırı olmasını aramaktadır[129]. Kanımızca böyle bir nitelemeye gerek yoktur. Zira açıkça belirtilmemişse de taraflardan birinin edimler arası dengesizliğin gerçekleşeceğini bilse idi sözleşmeyi hiç veya mevcut şartlarla yapmayacağı belirlenebiliyorsa, TBK m.138 hükmünde açıkça düzenlendiği üzere durum değişikliği kiraya verene yüklenemeyen öngörülemez bir olay sonucu gerçekleşmiş ise sözleşmenin bu hali ile ifası MK m.2 dürüstlük kuralı uyarınca beklenemiyorsa değişiklik esaslıdır[130].

TBK m.138 hükmünün yalnızca aşırı ifa güçlüğü hallerinde uygulama alanı bulabileceği kabul edildiğinde, yüksek enflasyon ve yenilenen kira dönemlerindeki artış oranlarının yüzde yirmi beş ile sınırlanması sonucu oluşan edimler arası dengesizliğin mağduru kiraya verenin kira bedelinin uyarlanması talebi MK m.2 çerçevesinde çözümlenebilecektir[131]. Kanımızca işlem temelinin çökmesine neden olan olay gruplarına dayanan uyarlama taleplerinin TBK m.138 hükmünün varlığına rağmen boşluk doldurma yöntemi ile çözümlenmemesi gerekir. Bu noktada amaca göre genişletici yorumdan faydalanmamak için bir sebep bulunmamaktadır. TBK m.138'ün amacı, bozulan sözleşme adaletini ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin yeniden tesis etmektedir. Şu hâlde sözleşme adaletini bozan, işlem temelinin çökmesine neden olan olgular arasında ayrım yapılmasının bir anlamı yoktur. Bu nedenle, katıldığımız görüş doğrultusunda, TBK m.138 hükmü kiraya

---

124 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.538; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 632; Gümüş, *Kira* (n 5) 85.

125 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.529; Tile (n 65) 31.

126 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.538; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 631-632; Gümüş, *Uyarlama* (n 67) 123.

127 Edimler arası dengenin bozulması için bkz. Kahraman (n 68) 345; Tile (n 65) 115, 124; Gümüş, *Uyarlama* (n 67); Baysal *Uyarlama* (n 7) N.529; Stadler, *§ 313 BGB* (n 73) Rn.16.

128 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.541.

129 Yargıtay 3 HD, 1974/3712, 13.12.2023: "*.. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir*". < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.7.2024.

130 İfanın beklenemezliği konusunda bkz. II.C.4.

131 Edimler arası dengenin bozulması nedeniyle ifa en az bir taraf için dürüstlük kuralına göre beklenemez durumda ise uyarlamanın TBK m.138 değil TMK m.2 uyarınca yapılabileceği yönünde bkz. Kahraman (n 68) 345. Aynı yönde Baygın (n 89) 143.

verenin uyarlama taleplerinde de başka deyişle edimler arası dengenin bozulmasında da uygulama alanı bulmalıdır[132].

Yargıtay kiraya verenin uyarlama talepleri bakımından bazı kararlarında doğrudan TMK m.2 hükmünü uygulamakta, bazı kararlarında ise TBK m.138 kapsamında değerlendirme yapmaktadır. TBK m.138 kapsamında değerlendirme yaptığı kararlarında ise hükmün şartları arasında yer alan aşırı ifa güçlüğüne değinmekle birlikte edimler arasındaki dengenin kiraya veren aleyhine bozulduğu durumlarda uyarlamaya hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Başka ifadeyle TBK m.138'den hareketle, edimler arasında dengenin bozulmasını, aşırı ifa güçlüğü içinde değerlendirmekte ve aralarında fark gözetmemektedir[133].

## 4. Risk Dağılımı Kuralları Uyarınca Kiraya Verenden Edimini İfa Etmeye Devam Etmesinin Beklenemez Olması

Türk Borçlar Kanunu m.138 uyarınca, uyarlama için objektif işlem temelini oluşturan durumların, kiraya verenden sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceği derecede değişmiş olması gerekir[134]. Hükümde beklenemezliğin sınırı dürüstlük kuralı ile çizilmiştir. İfanın beklenemezliği *(Unzumutbarkeit)* olarak anılan bu şart, durum değişikliği yaratan olayın öngörülemezliği ve uyarlama talep eden tarafa yüklenmemesi ile yakın ilişki içindedir[135]. Olayın gerçekleşmesine yol açan veya etkisinin artmasına katkıda bulunan kişinin, kendi hakimiyet alanından kaynaklanan sebeplere dayanarak ifanın kendisinden beklenemeyeceğini ileri sürmesi mümkün değildir[136]. Uyarlama talebinin, ekonomik krize dayanması sebebiyle kiraya verenin durum değişikliğine yol açmadığı açıktır. TBK m.138'de durum değişikliğinin borçludan kaynaklanmaması gerektiği düzenlenmişse de uyarlamanın alacaklı tarafından da talep edilebileceği göz önüne alınarak amaca göre genişletici yorumla, borçlu ifadesi uyarlama talep eden taraf olarak anlaşılmalıdır[137]. Nitekim incelememiz

---

[132] Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 127-129; Şafak Sarıkaya, *Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı* (n 88) 192; Tile (n 65) 281; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.525-528; Gümüş, *Kira* (n 5) 84-85; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 633; Antalya (n 80) N.1532; Yörük (n 65) 43-44; Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 633; Antalya (n 80) N.1532.

[133] Yavuz, Özen ve Acar (n 5) 633.

[134] Antalya (n 80) N.1629, 1631; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.652; Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.23; Kahraman (n 68) 353; Tile (n 65) 147. İfanın beklenemezliği, uyarlamanın sonuçları bakımından da önem arz etmektedir. Konu hakkında bkz. Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.23, 29; Baysal, *Uyarlama* (n 7) 656; Kahraman (n 68) 355; Antalya (n 80) N.1633; İnce (n 102) 4859.

[135] Öngörülemezlik şartının riskin aşılması ve durum değişikliğinin uyarlama talep eden kişiye isnat edilememesi şartlarıyla yakın ilişki içinde olduğu yönünde bkz. Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.589. Öngörülemezlik ve yüklenilmezliğin, beklenilmezliğin somutlaştıran temel ölçütlerden olduğu ve bağımsız uyarlama şartı niteliği taşımadıkları yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 21, 139, 210, 222, 226-227. Kiraya verenin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde uyarlama talep edemeyeceği yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 221.

[136] Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.640; Serozan, *Borçlar Hukuku* (n 78) § 20, N. 8; Tekinay, Akman Burcuoğlu ve Altop (n 65) 1007; Arat (n 7) 135; Kaplan (n 65) 143-144; Topuz (n 67) 270 vd.; Bischoff (n 65) 216.

[137] Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.643-646; Baysal, 'Aşırı İfa Güçlüğü' (n 73) 131; Kahraman (n 68) 353.

kapsamında uyarlama talep eden taraf, edimler arası dengesizliğin mağdur tarafı, para alacaklısı olan kiraya verendir[138].

Öngörülmüş olan veya aynı iş çevresindeki dürüst ve makul bir kişinin öngörmesinin beklenebileceği bir olayın yarattığı durum değişikliğine bundan olumsuz etkilenen ve önlem almayan taraf katlanmalıdır[139]. Öngörülemez veya gereken özenin gösterilmesine rağmen öngörülmesi beklenemeyen olayın durum değişikliği yaratmasında ise yeni duruma kimin katlanması gerektiği, sözleşmede veya yasada risk paylaşımı kuralı bulunup bulunmadığına göre belirlenmelidir[140]. BGB § 313/I'de risk paylaşımı kurallarının göz önüne alınacağı açıkça düzenlenmiştir[141]. TBK m.138'de açıkça risk paylaşımı kurallarına değinilmemesi, risk paylaşım kurallarının göz ardı edileceği anlamına gelmemektedir. Zira TBK m.138'in yedek hüküm niteliği gereği kiraya verenden ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının incelenmesinde bu aşamanın tüketilmesi şarttır[142]. Esasen her iki düzenleme bu noktada kesişmektedir, fark yalnızca yasa koyucunun tercih ettiği ifade tarzı bakımındandır.

Sözleşmelerin kurulmasından, edimlerin ifasına kadar geçen sürede, işlem temelinin çökmesine neden olabilecek olaylara ilişkin belirsizlik sözleşme riski olarak ifade edilebilir[143]. Öngörülebilen veya sözleşmeyle ya da yasal olarak taraflardan birine yüklenen ya da gerekli özenin gösterilmesi halinde öngörülebilecek olan olaylar, işlem temelinin dışında kalan ve fakat sözleşmenin içeriği haline gelmiş tipik risklerdir[144]. Taraflarca açık veya örtülü olarak şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale imkânı tanınmış ise olumlu, şartlar değişse bile sözleşmenin mevcut şartları ile devam etmesi düzenlenmişse olumsuz uyarlama kayıtları söz konusu olur[145]. Aynı içerikle yasada yer alan düzenlemeler, olumlu veya olumsuz yasal uyarlama hükümleri olarak anılmaktadır. Uyarlama hükümlerinin varlığı halinde risk

---

138 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 143; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.643-644; Tile (n 65) 281. Bazı sözleşmeler bakımından kanunda yer alan özel uyarlama hükümleri için bkz. TBK m.331, 363/I, TBK m.383/II, TBK m.565/I, TMK m.176/IV.

139 İnce (n 102) 4863; Bischoff (n 65) 204; Gürsoy (n 92) 108-109; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.587; Finkenauer, *BGB § 313* (n 73) Rn.74; Kahraman (n 268) 352; Topuz (n 67) 237; Arat (n 7) 106-107; Gülekli (n 72) 48-49; Kaya (n 67) 1583. Bu durumların işlem temelinin çökmesine yol açmayacağı yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 227.

140 Tile (n 65) 148; Baysal, *Uyarlama*, n. 658; Bischoff (n 65) 177; Arat (n 7) 125-126; Fries, *BGB § 313* (n 73) Rn.16; Finkenaur, *BGB § 313* (n 73) Rn.59; Gümüş, *Uyarlama* (n 68); Antalya (n 80) N.1635.

141 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 139-140; Antalya (n 80) N.1630; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.657; Tile (n 65) 90, 149; Fries, *BGB § 313* (n 73) Rn.16; Finkenaur, *BGB § 313* (n 73) Rn.59; Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.20.

142 Bu durum TBK m.138'in yedek hüküm niteliğinin ve ikincilliğinin zorunlu sonucudur. Bkz. Bischoff (n 65) 180. Yedek hüküm niteliğinde olduğu yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Topuz (n 67) 277-278; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 146, 148; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.665; Gümüş, *Kira* (n 5) 87. Nisbi emredici olduğu yönünde İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 162-164. Emredici olduğu yönünde bkz. Atilla Altop, 'Aşırı İfa Güçlüğü'nü Düzenleyen TBK. M. 138 Hükmü İlle İlgili Bazı Tartışmalı Hususlara İlişkin Bir Değerlendirme', *Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan* (Filiz 2020) 43, 55-56.

143 Sözleşme riski hakkında bkz. Bischoff, (n 65) 17; Finkenaur, *BGB § 313* (n 73) Rn.59; Gümüş, *Uyarlama* (n 64) 142; Topuz (n 67) 160; Kahraman (n 68) 173- 174; Tile (n 65) 122; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.652. Riziko ve risk ayırımı için bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 142.

144 Stadler, *BGB § 313* (n 73) Rn.20. Bunların tipik risk olduğu yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 64) 142.

145 Bischoff (n 65) 95, 105; Kaplan (n 65) 119 vd.; Arat (n 7) 127; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 152-153; Baysal, *Uyarlama* (n 7) 667, 674.

dağılımı buna göre yapılır[146]. Ancak risk dağılımının bu hükümlere göre yapılması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuruyorsa uyarlama hükümleri de uyarlama kapsamına alınarak TBK m.138 uygulama alanı bulabilir[147]. Sözleşmesel veya yasal uyarlama hükümlerinde düzenlenen riski aşan başka ifadeyle aşkın risk durumunda, artık sözleşmede veya yasada bir düzenleme bulunduğundan bahsedilemez[148]. Yeni durum karşısında olumsuz etkilenen taraftan ifanın mevcut koşullarla devamının beklenebilir olup olmadığı, aşkın riske kimin ne oranda katlanacağı dürüstlük kuralına göre değerlendirilir[149]. Bu noktada bir ölçü verilmesi mümkün olmayıp somut olayın özellikleri göz önünde tutulacaktır. Şu hâlde dürüstlük kuralı, sözleşme ve yasada bir risk dağılım kuralı bulunmadığında veya bu dağılıma uyulmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği durumlarda işlev görür[150].

Konut kiralarında, ekonomik krize bağlı olarak paranın reel değerinin aşırı derecede düşmesi, etkilerin azaltılması için TBK m.344 hükümde kiracı lehine yapılan yeni düzenlemeler, devletin ekonomik kamu düzenine müdahale etmesinin bir sonucu olup birçok sözleşmenin kurulduğu sıradaki objektif işlem temelinin çökmesine neden olan değişikliklerdir. Kiraya veren nominalizm ilkesi gereği paranın değerindeki düşme riskini üstlenmiş ise de paranın değerinin sonuçları uzman kişilerce dahi öngörülemeyen bir ekonomik kriz veya devletin aldığı bir devalüasyon kararı sonucu düşmesi kiraya verenin üstlendiği bir sözleşme riski olarak değerlendirilememelidir. Paranın değerindeki olağan düşüşler, sözleşmenin kurulması sırasındaki yasal düzenlemeler doğrultusunda üstlenilmiştir. Kiraya verenin paranın değerinin düşmesinin sonuçlarını daha da ağırlaştıracak şekilde yeni yasal düzenlemelerin yarattığı riskleri de yüklendiği sonucuna varılmamalıdır. Anılan düzenlemeler, sadece ilişkin oldukları kira döneminde değil ileriki kira dönemlerinde de kira bedellerinin çok düşük kalmasına sebep olmuş, kiraya verenin başlangıçta sözleşmenin kurulması ile yüklendiği risk aşılmış ise edimler arası denge bozulmuştur.

Konut kiralarında kira bedellerinin belirlenmesi için TBK m.344 uyarınca dava açma imkanının bulunması, şartlarının oluşması halinde TBK m.138'e dayalı

---

146 Arat (n 7) 124.

147 Baysal, *Uyarlama* (n 7) 662, 664; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 158; Gülekli (n 72) 50; Kahraman (n 68) 361-362. Yargıtay 3 HD 1407/1427, 15.2.2017: "*Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak (uyarlama) hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak (uyarlama) kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek TMK. nun 2/2 maddesi hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir isabetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne dair uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak TMK. nun 1, 2 ve 4.maddelerinden yararlanılacaktır*". < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.7.2024.

148 Aşkın risk ifadesi için bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 142.

149 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.655.

150 Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.675; Olumsuz uyarlama kaydına dayanmanın hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu durumlarda, TBK m.138'in uygulanabileceği yönünde bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 155; Kahraman (n 68) 309; Tile (n 65) 155-156.

olarak uyarlama davasını engellemez[151]. Davanın türünün tespit edilmesi hâkimin görevidir[152]. Yargıtay, TBK m.344 hükmünün varlığı karşısında, kira bedelinin TBK m.138 hükmü uyarınca uyarlanamayacağına hükmetmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki eğiliminin gerekçesi ise kira sözleşmesinin kurulmasından sonra ekonomik faktörlerdeki olumlu veya olumsuz değişiklikler ile rayiç kira artışları ve kiralananın durumuna ilişkin değişimlerin özel bir uyarlama hükmü olan TBK m.344'e dayalı olarak açılacak dava ile değerlendirileceği ve bu hükmün fiyat artışlarına bağlı enflasyon, fiyat endeksindeki artışlar, paranın satın alma gücünde meydana gelen değişimleri de kapsadığı ve bu sebeplerin varlığı halinde kiranın belirlenmesinde genel uyarlama hükmü olan TBK m.138'in değil daha özel bir düzenleme olan 344. maddesinin uygulanması gerekeceği yönündedir[153]. Yargıtay'ın bu yaklaşımına birden fazla sebeple katılmadığımızı belirtmekte yarar görüyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK m.138 ve 344 arasında, uyarlama bakımından genel-özel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır. TBK m.138, işlem temelinin çökmesine ilişkin genel uyarlama hükmüdür. Bu hüküm kanunda veya sözleşmede uyarlama için özel şartların belirlendiği hallerde uygulama alanı bulmadığı için yedek hukuk kuralı niteliğindedir[154]. Uyarlamanın talep edilebilmesi için kanunda bir süre öngörülmemiştir. Zira öngörülemez ve olağanüstü bir olay nedeniyle işlem temelinin çökmesi, sözleşmeler için beklenmeyen durumları ifade ettiğinden, borcun ifası dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenemeyen tarafa, uyarlamanın talep edilebilmesi için belirli bir süreye uyma zorunluluğu dayatılması düşünülemez. TBK m.344 hükmü ise kiracı lehine nisbi emredici hukuk kuralı niteliğinde olup şartları arasında öngörülemez nitelikte olağanüstü bir olay ve kiraya verenin kira sözleşmesine katlanmasının dürüstlük kuralına aykırı olmasının aranmadığı bir düzenlemedir. Zira hükmün altında yatan temel mantık, kiraya verenin olağan şartlar altında TBK 344/I-II uyarınca emsal kira bedellerinin altındaki bir kira bedeline katlanmasının, 344/III uyarınca ise öngörülebilir ve olağan değer kayıplarının üzerindeki bir kayba karşı korunmasının sağlanmasıdır[155]. Esasen burada yasa koyucu, kira sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermeyen konut ve çatılı işyeri kiralarında, ülkemiz ekonomisini göz önünde bulundurarak paranın reel değerinin olağan şekilde düşmesine, kiraya verenin beş yıl süre ile katlanması, beş yıldan sonra yeninden güncellenmesi

---

151 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 349.

152 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 345.

153 Yargıtay 3 HD, 2580/792, 27.2.2024: "*Bu hüküm özel bir uyarlama hükmü niteliğinde olup yeni dönemde fiyat artışlarına bağlı enflasyon, fiyat endeksindeki artışlar, paranın satın alma gücünde meydana gelen değişimleri de kapsamına aldığından bu sebeplerin varlığı halinde kiranın belirlenmesinde genel uyarlama hükmü olan TBK m.138 değil daha özel bir düzenleme olan 344. maddesinin uygulanması gerekir".* < https://lib.kazanci.com.tr/ > Erişim Tarihi 21.6.2024.

154 Yedek hüküm niteliğinde olduğu yönündeki katıldığımız görüş için bkz. Topuz (n 67) 277-278; Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 146, 148; Baysal, *Uyarlama* (n 7) N.665; Gümüş, *Kira* (n 5) 87. Nisbi emredici olduğu yönünde İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 162-164. Emredici olduğu yönünde bkz. Altop (n 140) 55-56.

155 Mustafa Alper Gümüş, 'Yeni Yargı Kararları Nedeniyle Bir Kez Daha Cevaplanması Gereken Soru: "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında, Kiraya Veren, Sona Erdiğinde TBK m.344/III Hükmüne Dayalı Kira Tespit Davası Açmayı Amaçladığı Beş Yıllık Sürenin İçinde TBK m.138'e Dayalı Uyarlama Davası Açabilir mi*?" https://www.linkedin.com/in/mustafa-alper-g%C3%BCm%C3%BC%C5%9F-57583929a/

gerekliliği üzerinden yapılandırmıştır. Nitekim doktrinde hükmün bir uyarlama değil güncelleme hükmü olduğu ifade edilmektedir[156].

Bu açıklamalar ışığında konut kiralarında uyarlama davalarının TBK m.344 göz önüne alınarak değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Konut kiralarında tarafların bir yıllık sözleşmelerde yenilenen kira dönemlerinde ya da bir yıldan uzun süreli sözleşmelerin içindeki dönemlerde artış oranı belirlemeleri olumlu uyarlama kaydı niteliği taşımakta ve TBK m.344/I hükmünün emredici sınırlaması çerçevesinde geçerli olmaktadır (TBK m.27)[157]. Yenilenen kira döneminde TBK m.344/I uyarınca yapılacak artış oranının uygulanmasının talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu sonucuna varılması halinde, uyarlamanın diğer şartlarının varlığı ile yeni bir risk paylaşımı yapılmalıdır[158]. Böylece TBK m.344/III hükmü uyarınca dava açma şartlarının oluşması beklenmeden adaletsizlik giderilir. Başka ifadeyle yasal üst sınıra tabi olumlu uyarlama hükümlerinin uygulanması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığında hâkim bu üst sınırla bağlı olmaksızın uyarlamaya hükmedebilmelidir[159].

Taraflar yenilenen kira dönemleri için kira bedelinde artış yapılacağını kararlaştırmamışlar veya artışın oranı ya da miktarını belirlememişler ise TBK m.344/II hükmü uygulama alanı bulacaktır[160]. Bir yıldan uzun süreli konut kiralarında, artış yapılacağının kararlaştırılmamış olması halinde yenileme dönemi gelmeden sözleşme süresi boyunca artış söz konusu olmayacaktır[161]. Kira sözleşmesinin beş yıldan uzun bir süre için yapılmış olması halinde, beş yıl içinde TBK m.344/II uyarınca kira bedeli artırılamayacak ancak beşinci yılın dolması ile henüz yeni dönem gelmemiş olmasına rağmen TBK m.344/III uyarınca kira bedelinin belirlenmesi talep edilebilecektir[162]. Beş yıldan daha kısa süreli olup iki, üç yıllık veya dört yıllık konut kirası örneklerinde de anılan süreler içinde artış yapılamayacaksa da kira süresinin sonunda yenilenen dönemde kira bedeli hâkim tarafından TBK m.344/II uyarınca, kira bedeli belirlenecektir. Bir yıl veya bir yıldan fazla süreli sözleşmelerde, yenilenen dönemlerde artış yapılacağına ilişkin bir hükmün olmaması örtülü bir olumsuz uyarlama hükmü olarak kabul edilip uyarlamanın önünün kesilebileceği düşünülse de ekonomik krize bağlı olarak taraflar arasında edimler arası dengesizliğin gerçekleştiği

156 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 351.

157 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 350.

158 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 350.

159 Konu hakkındaki ayrıntılı değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. Gümüş, 'Yeni Yargı Kararları Nedeniyle Bir Kez Daha Cevaplanması Gereken Soru: "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında, Kiraya Veren, Sona Erdiğinde TBK m.344/III Hükmüne Dayalı Kira Tespit Davası Açmayı Amaçladığı Beş Yıllık Sürenin İçinde TBK m.138'e Dayalı Uyarlama Davası Açabilir mi*?" (n 158).

160 Gümüş, *Kira* (n 5) 72, 74; Babaoğlu (n 4) 51; Gökyayla (n 5) 34; Öztürk (n 26) 78; Görmez (n 5) 85.

161 Gökyayla (n 5) 38; İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 134. Sözleşme süresi içinde TBK. m.138 uyarınca uyarlama davası açılabileceği yönünde bkz. Özen (n 5) 2048; Gümüş, *Kira* (n 5) 73; Aydoğdu ve Tuncer (n 11) 340.

162 İnceoğlu, *Kira Hukuku C. 2* (n 5) 140-141; Görmez (n 5) 92; Babaoğlu (n 4) 58; Özyakışır (n 5) 209-210; Gümüş, *Kira* (n 5) 72-73; Özen (n 5) 2056; Gökyayla (n 5) 39; Öktem Çevik, 'Kira Bedeli' (n 5) 67. Aksi görüşte bkz. Kapancı (n 17) 820, dn.39; Yavuz, Acar ve Özen (n 5) 711-712.

ve buna rağmen örtülü olumsuz uyarlama kaydına dayanarak sözleşmeye devam edilmesinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanıldığı sonucu yaratması halinde yine uyarlama kabul edilmelidir[163]. Bu sonuç esasen TBK m.344/IV uyarınca, beş yıl boyunca artış yasağının uygulama alanı bulduğu yabancı para üzerinden kurulmuş kira sözleşmeleri bakımından da TBK m.138'e yapılan atıf ile açıkça ifade edilmiştir.

Artış yapılacağının kararlaştırılıp da oranın belirlenmediği durumlarda yine olumlu bir uyarlama hükmü söz konusu ise de oran bakımından boşluk bulunduğu sonucuna varılarak andığımız şartlarla uyarlama davasının açılabilmesi için kanımızca bir engel bulunmamaktadır. Sonuç olarak TBK m.344/I-II uyarınca, belirlenecek kira bedellerinde, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının veya geçici maddelerin yürürlükte olduğu dönemler için yüzde yirmi beşin aşılamayacağı göz önüne alındığında, uyarlamanın şartlarının varlığı halinde hâkim bu sınırlamalarla bağlı olmaksızın sözleşme içi adaleti sağlayabilecektir. Kaldı ki hâkimin elindeki tek imkân bununla sınırlı değildir, risk dağılımını sözleşmenin süresine, ödeme şekline müdahale ederek de yapabilir[164].

Türk Borçlar Kanunu m. 344/III ile m.138 hükümlerinin şartlarının aynı anda oluştuğu nadir durumlarda da kanımızca TBK m.344/III'ün varlığı gerekçesiyle TBK m.138 uyarınca uyarlama talep edilmesinin önü kapatılmamalıdır. Zira her iki hükmün amacı ve şartları birbirinden tamamen ayrıdır. Hâkimin uyarlama yaparken TBK m.344/III'te belirlenen emsal oran ile sınırlı olmaması, bazı hallerde sözleşme içi adaletin yeniden tesisi için temel işlevi görecektir. Bu nedenle uygulamada tercih edilmeyecek olsa da teorik bakımından somut olayın özelliği gereği risk dağılımının kira bedelinin emsal orana çıkarılması ile sağlanamayacağı noktada uyarlama imkânı göz ardı edilmemelidir. Yargıtayın uyarlama ve tespit davalarında aynı yöntemle bedel tespit etmesi, uygulamada uyarlama sonucunda rayiç bedelin üzerine çıkılamayacağı kanaatini oluşturmuş olsa da teorik bakımdan bu konuda bir engel bulunmamaktadır[165].

## 5. Kiraya Verenin Haklarını Saklı Tutarak İfaya Devam Etmiş Olması

Türk Borçlar Kanunu m.138, uyarlamanın şartları arasında, borçlunun borcunu ifa etmemiş veya çekince ileri sürerek ifa etmiş olmasını aramaktadır. BGB § 313/I'de karşılığı olmayan bu şart konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hükmün ifadesi ile uyumlu bir görüşe göre, borcun ifa edilmesi, başlangıçtaki şartların ifanın

---

[163] Bir yıldan uzun süreli sözleşmeler açısından bkz. Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 351. Nitekim bir yıllık yapılıp da birer yıl uzayan sözleşmeler açısından da uyarlamanın kabul edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Aydoğdu ve Tuncer (11) 350.

[164] Uyarlama hakkının kullanılmasının sonuçları için bkz. Baysal, Uyarlama (n 7) N.918 vd.; Gümüş, Uyarlama (n 68) 507 vd.; Kahraman (n 68) 375 vd.

[165] Konu hakkındaki eleştiriler için bkz. Gümüş, 'Yeni Yargı Kararları Nedeniyle Bir Kez Daha Cevaplanması Gereken Soru: "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında, Kiraya Veren, Sona Erdiğinde TBK m.344/III Hükmüne Dayalı Kira Tespit Davası Açmayı Amaçladığı Beş Yıllık Sürenin İçinde TBK m.138'e Dayalı Uyarlama Davası Açabilir mi*?" (n 158).

uyarlama talep edenden beklenemeyecek derecede güçleşmediğini gösterir[166]. Ancak bu kuralın istisnasız uygulanması, uyarlamanın şartlarının oluşup oluşmadığının henüz tartışıldığı dönemde, borçluyu edimin gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesinin yaptırımları ile karşılaşmasına neden olabilir. Nitekim konumuz açısından kiraya verenin, sürekli nitelikli kiracının kiralananı kullanmasına ve yararlanmasına katlanma borcu devam etmektedir. Hüküm uyarınca kiraya veren, durum değişikliği sonrası en geç ifa anında kira bedellerinin uyarlanması hakkını saklı tutmalıdır[167].

Doktrinde bir diğer görüş, uyarlamanın hâkimin takdir yetkisi kapsamında tarafların talepleri ile bağlı olmadan gerçekleştirilebileceğinden hareketle, talep hakkı saklı tutulmaksızın ifaya devam edildiği hallerde de uyarlamanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Özellikle uyarlamanın hâkimin takdirine göre sözleşmenin diğer hükümleri üzerinden gerçekleştirilmesinde uyarlama talebinin saklı tutulup tutulmadığının önemi bulunmamaktadır[168]. Uyarlamanın sadece borçlu tarafından değil alacaklı tarafından da istenebileceğinden hareket eden diğer bir görüşe göre ise borcun ifa edilmiş olması ifanın güçleşmediğini göstermez. Nitekim bu görüş, inceleme konumuza ilişkin olarak verdiği bir örnekte, kiraya verenin uyarlama talebi söz konusu olduğunda, ifaya devam edeceği, edimini ifa etmiş olmasının ise ifanın onun için güçleşmediği anlamını taşımadığını ifade etmektedir[169]. Kanımızca da edimler arası dengenin bozulması halinde ifanın güçleşmesi aranmadığı için kiraya verenin edimini uyarlamaya ilişkin çekincesini ileri sürmeden ifa etmesi halinde de uyarlama talebi kabul edilmelidir. Zira bu halde kiraya verenin çekince ileri sürüp sürmediği, borcun ifasının kendisi bakımından beklenemez olup olmadığı konusunda bir değerlendirmeye esas alınamaz.

## Sonuç

Ülkemizde derinleşen ekonomik kriz ve yüksek enflasyon nedeniyle paranın reel değeri aşırı derecede düşmüştür. Bu yeni durum en ağır sonuçlarını, konut ve çatılı işyeri kiralarında göstermiştir. Yenilenen dönem kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m.344 hükmünde, kiracının bu olumsuz durumlardan korunması amacıyla değişiklikler yapılmıştır. Paranın reel değerinin düşmesine ek olarak birden fazla kez yapılan değişikliklerle yenilenen dönem artış oranlarına katmerli sınırlamalar getirilmiş, belirli istisnalar dışında yabancı para birimi üzerinden kira sözleşmelerinin kurulması yasaklanmıştır. Söz konusu değişikliklerin ardından, başlangıç kira bedelleri fahiş miktarlara ulaşmış, kiracılardan geniş kapsamlı teminatlar alınmaya başlanmış ve tahliye taahhütnamesi yapılmaksızın konut kiralanması neredeyse imkânsız hale

166 Arat (n 7) 123; Kaplan (n 65) 152-153.

167 Uyarlama hakkını saklı tutma beyanının henüz muaccel olmaması veya doğmamış tüm kısmi ve dönemsel edimler için yapılabileceği yönünde bkz. Gümüş, Uyarlama (n 68) 334.

168 Gümüş, *Uyarlama* (n 68) 335, 340-341.

169 Baysal, Uyarlama (n 7) N.772.

gelmiştir. Bu durum kiracılar arasında eşitsizlik yaratmış, aynı şartlardaki konutların bir kısmının başlangıç kira bedellerini aşırı derecede yükseltmiş bir kısmının ise enflasyonun altında kalmasına sebep olmuştur. Şüphesiz bu durum, günümüzde kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, yargıda ağır bir iş yükü oluşturmasının başlıca sebebi haline gelmiştir. Uygulamada uyarlama davaları konusunda birçok tartışma yaşanmaya başlamıştır. Bu çerçevede çalışmamızda, kiraya verenin uyarlama talebine ilişkin değerlendirmelere katkı sağlamak üzere TBK m.138 hükmü, BGB § 313/I göz önüne alınarak incelenmiştir. Bunun temel sebebi TBK m.138 hükmünün gerekçesinde işlem temeli teorisine atıf yapılmış olmasıdır.

Ekonomik kriz ve onun doğrudan sonuçları arasında yer alan yüksek enflasyon ve paranın değerinin aşırı derecede düşmesi, ülkenin genelini ve kira sözleşmeleri ile pek çok borç ilişkisini etkileyen, kişiler üstü ve objektif nitelikli olaylardır. Ekonomik krizin etkilerini azaltmak için devletin kamu düzenine kira sözleşmesine özgü yeni yasal düzenlemelerle müdahale etmesi ise krizin dolaylı etkisidir. Gelişmiş ekonomilerde, kural olarak öngörülemeyen bir olgu olarak kabul edilen ekonomik kriz, ülkemiz özelinde öngörülebilir sözleşme riski olarak kabul edilmekte ise de 2018'de başlayıp giderek ağırlaşan ekonomik krizin yarattığı tahribatın ve devletin serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu bir düzende, sözleşme özgürlüğüne istisna yaratan yasal düzenlemelerle müdahale etmesinin öngörülebilir olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Konut kirasının kurulduğu sırada ekonomik kriz henüz başlamamış veya başlamış olup da etkileri ve sonuçları bakımından bir tahmin yapılamıyor ise öngörülemezliğin kabul edilmesi gerekir. Ancak ekonomik krizin başlamasıyla birlikte etkilerinin hızlandığı dönemde, özellikle ekonomik krizin inşaat ve konut sektörüne etkilerinin hafifletilmesi için devletin kamu düzenine müdahale edebileceğinin gündem konusu olduğu dönemde yapılan kira sözleşmeleri bakımından öngörülebilirlik daha zor görünmektedir. Yasal değişikliklerin başlanmasının ardından da yine öngörülebilirlik konusuna ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Kiraya verenler açısından oluşan bu olumsuz durumlar kiralananın teslimi ve sözleşme süresi boyunca kullanıma hazır bulundurma borcunun ifası için gereken eforun veya ekonomik yükün ağırlaşması ya da ağır maliyetlerin doğması ile güçleşmesine değil edimler arası dengenin bozulmasına vücut vermektedir. Öyle ki büyükşehirlerde kira bedelleri, kullanma giderleri ile eşitlenmiş veya bunların altında kalmış, kiralananın olağan yıpranmalarını dahi karşılayamaz hale gelmiş, başlangıçta kararlaştırılan güvence bedelleri işlevini göremeyecek derecede değersizleşmiştir. TBK m.138'in yalnızca aşırı ifa güçlüğünü düzenlediğini kabul eden görüşe göre, edimler arası dengenin bozulması halinde uyarlama TMK m.2 temelinde değerlendirilmelidir. Katıldığımı görüş uyarınca ise TBK m.138 hükmünün kapsamına genişletici yorum ile aşırı ifa güçlüğü yanında edimler arası dengenin bozulması da dahil edilmelidir. Kiraya verenlerin uyarlama talepleri bakımdan TBK m.344 hükmü mutlaka değerlendirmenin bir parçası olmalıdır. Şöyle ki yenilenen

dönemlere ilişkin artış oranları kararlaştırılması halinde bir olumlu uyarlama kaydı söz konusu olmaktadır. Bir artış kaydının bulunmadığı hallerde ise sözleşmenin yorumu doğrultusunda örtülü uyarlama kaydının bulunduğu sonucuna varılabilir. Ancak hangi durum kabul edilirse edilsin, kira bedelinin TBK m.344/I-II uyarınca belirlenmesinin talep edilmesinin, hakkın kötüye kullanılması sonucunu yarattığı durumlarda, diğer şartların da bulunması ve somut olayın özellikleri doğrultusunda uyarlama kabul edilmelidir. TBK m.344/III ile m.138 hükümlerinin şartlarının aynı anda oluştuğu nadir durumlarda da kanımızca TBK m.344/III'ün varlığı gerekçesiyle TBK m.138 uyarınca uyarlama talep edilmesinin önü kapatılmamalıdır. Zira her iki hükmün amacı ve şartları birbirinden ayrıdır. Her ne kadar Yargıtay TBK m.344 hükmünün TBK m.138'e göre özel bir uyarlama hükmü olduğu kanaatinde ise de kanımızca hükümler arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akçaal M, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2022) 12(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361–384.

Altaş H, 'Kira Parası Artışlarının Sınırlanması' (2000) 49(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-116.

Altınok Ormancı P, 'İşlem Temelinin Çökmesi ve Temel Hatası Arasındaki İlişki' iç Osman Berat Gürzumar (edr*), Halûk Konuralp Anısına Armağan C.3* (Yetkin 2009).

Altop A, 'Aşırı İfa Güçlüğü'nü Düzenleyen TBK. M. 138 Hükmü İlle İlgili Bazı Tartışmalı Hususlara İlişkin Bir Değerlendirme', *Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan* (Filiz 2020).

Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3* (2. Bs., Seçkin 2019).

Arat A, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin 2006).

Aybay ME, 'Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması' iç Gökhan Antalya ve Murat Topuz (edr), (2016) 22(3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 323-349.

Aydoğdu M ve Tuncer N, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Adalet 2023).

Aydoğdu M, 'Kira Parasında Artışı %25 İle Sınırlayan Düzenlemeler Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Hakkındaki Değerlendirmeler' (2023) 88(3) İzmir Barosu Dergisi 135-164.

Atamulu İ, 'Kira Bedelinin Uyarlanması', *Kira Hukuku Davaları* (Seçkin 2023).

Babaoğlu T, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Arabuluculuk Yoluyla Çözümü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2023).

Baygın C, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler' (2010) XIV (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-144.

Baysal B, 'Aşırı İfa Güçlüğü', Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu : Makaleler-Tebliğler (On İki Levha 2011).

Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması, BK m.138, Aşırı İfa Güçlüğü (*4. Bs., On İki Levha 2020).

Bischoff J, *Vertagsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus* (Schulthess 1983).

Belen H, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh) Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri Sistematik-Değişiklik-Yenilik Değerlendirmeleriyle (Beta 2014).

BT-Drucks. 1406040.fm (bundestag.de)

Burcuoğlu H, *Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması* (Filiz 1995).

Canbolat F, *Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması* (Yetkin 2012).

Cashin-Ritaine E ve Baysal B, 'Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar' (2005) LXIII(63) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 321-342.

Doğan G, 'Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması' (2014) (111) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-36.

Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.I m.1-48* (Yetkin 2022).

Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.III m.83-206 (Yetkin 2022).*

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3. Bs., Yetkin 2016).

Finkenauer T, *in Münchener Kommentar zum BGB, Band III, Schuldrecht-Allgemeiner Teil II* (9. Aufl. C.H. Beck Verlag 2022).

Ganbari MK, 'Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler İle Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk' (2023) XXVII(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197-232.

Gökyayla EK, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi' (2013) 9 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 103-104.

Görmez M, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Belirlenmesi ve Uyarlanması (*On İki Levha 2019).

Gülekli Y, '*Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi*' (1990) 15 (18) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 43–69.

Gümüş MA, *Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmelerin Uyarlanması (TBK m.138)* (Yetkin 2022).

Gümüş MA, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)* (2. Bs., Vedat 2012).

Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (3. Bs., Vedat 2018)

Gümüş MA, 'Yeni Yargı Kararları Nedeniyle Bir Kez Daha Cevaplanması Gereken Soru: "*Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında, Kiraya Veren, Sona Erdiğinde TBK m.344/III Hükmüne Dayalı Kira Tespit Davası Açmayı Amaçladığı Beş Yıllık Sürenin İçinde TBK m.138'e Dayalı Uyarlama Davası Açabilir mi*?" https://www.linkedin.com/in/mustafa-alper-g%C3%BCm%C3%BC%C5%9F-57583929a/

Gürsoy KT, *Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)* (Güney 1950).

Havutçu A, 'İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu, Özel Sayısı *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III Prof. Dr. Cevdet Yavuz"a Armağan* (Legal 2012).

Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht*: *Besonderer Teil* (8. Aufl., Stämpfli 2006).

İnce N, 'Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki' Legal Hukuk Dergisi (2016) 14 (165) 4845, 4857.

İnce Akman N ve Özyakışır Ö, 'Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi' (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 725-770.

İnceoğlu MM, *Kira Hukuku C. 1* (On İki Levha 2014).

İnceoğlu MM, *Kira Hukuku C. 2* (On İki Levha 2014).

Kahraman Z, *Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları (Mücbir Sebep, İfa İmkânsızlığı, İşlem Temelinin Çökmesi, Uyarlama ve Frustration Doktrini)* (Vedat 2023)

Kapancı KB, 'Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M.344 F. 1 C. Son'un Yorumlanması' (2015) 6(Özel Sayı 4) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 809-834.

Kaplan İ, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması* (2. Bs., Ankara 2007)

Kaşak FE, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (On İki Levha 2021).

Kaya Ü, 'Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi' iç Gökhan Antalya ve Murat Topuz (edr, (2016) 22(3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1569-1593.

Kırkbeşoğlu N, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (7. Bs., Filiz 2017)

Kocayusufpaşaoğlu N, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır?' *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000).

Küçükdağlı A, 'Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Yüksek Enflasyonun Etkisi' (2023) 31(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 993-1037.

Larenz K, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung „veränderte Umstände"im Zivilrecht (3. Aufl., C.H.Beck'sche 1963).

Oğuzman MK ve Öz T*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bs., Vedat 2021)

Öktem Çevik S, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi' (2022) 24(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-77.

Öktem Çevik S, 'Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Kira Sözleşmelerinde Uygulama Alanı' İç Murat Topuz (edr), Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması (Seçkin 2019). sayfa

Özen B, 'Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi' iç Gökhan Antalya ve Murat Topuz (edr, (2016) 22 (3) *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2033-2062.

Öztürk İÖ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2019)

Özyakışır Ö, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli (*Adalet 2019).

Pakdil H, *Türk Borçlar Kanunu Madde 138 Çerçevesinde Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).

Pekmez C, 'Kısa Süreli Sözleşmelerin Uyarlanmasının 30.12.2002 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der Yayınları 2015).

Sarı Fidan Ö, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (2023) (1) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345-380.

Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (4. Bs., Filiz 2006).

Serozan R, 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi' Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan (Beta 2000).

Stadler A, in Othmar Jauernig BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, RomII-VO, EuUnthVO/ HUntProt und EuErbVO* (19. Aufl., C H Beck 2023).

Şafak Sarıkaya EE, 'Olağanüstü Olayların Tasnifi ve Borç İlişkilerine Etkilerinin Çeşitli Görünümleri: Covid-19 Örneği Üzerinden Bir İnceleme' (2022) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-374.

Şafak Sarıkaya EE, *Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı* (On İki Levha 2022).

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, '*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*' (7. Bs., Filiz 1993).

Tile L, *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü* (Yetkin 2021).

Topuz S, *Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale* (Yetkin 2009).

Tüzüner Ö ve Öz K, 'Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi', (2015) (3) Ankara Barosu Dergisi 421-470.

Ural Çınar N, *Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014).

Hande Uysal, *Kira Bedelinin Tespiti* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Bs., Beta 2022).

Yeniocak U, *Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Kira Uyarlama Davaları* (Seçkin 2023).

Yörük I, *Türk Hukukunda Söözleşmelerin Uyarlanması* (On İki Levha 2021).

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.lexpera.com

https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1101-1133

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0006
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 15.04.2024
**Revizyon Talebi:** 16.04.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 16.04.2024
**Kabul:** 08.10.2024
**Online Yayın:** 24.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# Güncel Gelişmeler Işığında Ortalama Tüketici Ölçütünün Yeniden Yorumlanması

**Gül Büyükkılıç***

**Öz**

Marka hukukunda "ortalama tüketici", bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında dikkate alınan bir ölçüttür. Bu ölçüt, tüketici davranışlarını ve algılarını değerlendirme ve belirli bir markanın tescil edilebilirliği veya ihlali konusunda karar vermede belirleyici bir role sahiptir. AB ve Türk marka mevzuatında tanımı yapılmamış olan ortalama tüketici, doktrin ve yargı kararlarında "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" şeklinde formüle edilmiş olmakla beraber, özellikle elektronik ticaretin gittikçe önem kazandığı, pazar şartlarının her geçen gün değiştiği ve bu çerçevede tüketicinin algısının da geleneksel anlayıştan farklı bir şekle büründüğü günümüzde ortalama tüketicinin formüle edilmesinin somut olay değerlendirmesinde yargıya gereken esnekliği sağlamaktan uzak olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ortalama tüketici ölçütünün disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınmasının ve karıştırılma ihtimalinin global değerlendirmesi kapsamında fiili kullanım ve karıştırılma ihtimaline ilişkin anket delili ve kamuoyu araştırması delillerinin de dahil edilmesinin somut uyuşmazlıkların daha objektif bir zeminde çözümlenmesi bakımından faydalı olacağı düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler**

Ortalama Tüketici, İlgili Halk, Temsili Tüketici, Hedef Kitle, Makul Ölçüde Bilgilenmiş Tüketici, Bilgilenmiş Tüketici, Uzman Tüketici, Tüketici Algısı

## Reinterpretation of the Average Consumer Benchmark considering Recent Developments

**Abstract**

In trademark law, the "average consumer" is a benchmark that represents the target audience of a product or service and is considered in cases of trademark registration or infringement. This criterion plays a decisive role in assessing consumer behaviour and perceptions and deciding on the registrability or infringement of a particular trademark. Although the average consumer has been formulated as "a person who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect" by the doctrine and judicial decisions, it is an undeniable fact that the formulation of the average consumer is far from providing the necessary flexibility to the judiciary in the evaluation of the concrete case, especially today, when electronic commerce is gaining importance, market conditions are changing day by day, and the perception of the consumer has taken a different shape from the traditional understanding. An interdisciplinary approach to the average consumer criterion and the inclusion of survey evidence and public opinion survey evidence regarding actual use and likelihood of confusion within the scope of the global assessment of likelihood of confusion would be beneficial in terms of resolving concrete disputes on a more objective basis.

**Keywords**

Average Consumer, Relevant Public, Representative Consumer, Targeted Consumer, Reasonably Well-informed Consumer, Well-informed Consumer, Specialised Consumer, And Consumer Perception

* **Sorumlu Yazar:** Gül Büyükkılıç (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku AnaBilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: gbuyukkilic@marmara.edu.tr ORCID-ID: 0000-0002-3484-7002

**Atıf:** Buyukkilic G, "Güncel Gelişmeler Işığında Ortalama Tüketici Ölçütünün Yeniden Yorumlanması" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası xx. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0006

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

## ***Extended Summary***

In trademark law, the *average consumer* is a measure that represents the target audience of a product or service and is used as a reference in cases of trademark registration or trademark infringement, and has a decisive role in evaluating consumer behaviour and perceptions and deciding on the registrability or infringement of a particular trademark or product. Indeed, one of the most important tools in the registration of a trademark and determination of the scope of protection is the likelihood of confusion between signs, and the registration request of a sign that is likely to be confused, including the likelihood of *being associated by the publicise* to its sameness or similarity with a registered or previously applied trademark and the sameness or similarity of the goods or services covered by it, is rejected upon objection [Industrial Property Law No 6769 (IPL) Art 6/1]. Again, the registration or unregistered use of such a sign constitutes an infringement of the trademark right with the previous registration date and may be prevented by the trademark right holder [Art 7/2(b) of the IPL, Art 29/1 of the IPL].

The IPL has preferred to use the term "by the public" in relation to the similarity assessment of trademarks within the scope of the likelihood of confusion. However, it is accepted in both doctrine and judicial decisions that the expression "likelihood of confusion, including the likelihood of association by the public" used by the legislator does not mean all segments of the society, but the specific environment that faces the danger of association or confusion. In other words, in all these cases, the person whose perception is taken as the basis in determining the likelihood of confusion is the "average consumer".

Although most of the disputes regarding trademark law arise on the axis of likelihood of confusion, the "average consumer", which is taken as a criterion in the evaluation, is not defined in the IPL or the Regulation on the Implementation of the Industrial Property Law, nor is there any regulation on its scope and limits in the trademark legislation. On the other hand, it is determined that the average consumer is defined in secondary regulations in two different areas. These are the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practises (Art 4/1-j) and the Turkish Food Codex Regulation on Nutrition Declarations (Art 4/1-f).

In the judicial decisions on the subject, the average consumer is formulated as *reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*, but the level of information, attention and caution required may be evaluated differently within the framework of various criteria such as the nature of the goods/services or the nature of the buyer group[1]. Indeed, while the presumptive level is higher *in certain groups of goods/services*, it may be at an average level in others. As a matter of fact, it is

accepted that consumers will generally not act carefully in terms of products that are used by all segments of society in daily life.

The average consumer group criterion used in trademark registration and infringement proceedings is the product of a norm-based practise that follows the legal or policy objectives underlying trademark law. Although the average consumer criterion as "a reasonably informed and reasonably cautious and prudent person" provides convenience to the decision-makers, it is insufficient because it does not take into account the scientific data on how consumer perceptions are actually directed. The replacement of traditional commerce by electronic commerce affects the purchasing behaviour of consumers and shapes consumer perception. The criteria determined within this framework make it impossible to make decisions on the subject on an objective and equitable basis.

This paper does not aim to eliminate the criterion of the average consumer, but it may be time to adopt a more empirically grounded approach to the average consumer. First of all, the norm-infused structure of the average consumer is fictional in three senses: attention, knowledge and vigilance. This triple artificiality leads to a non-negligible disconnect between what trademark law recognises and what reality is. Adding more reality to this remodelling process and interpreting the average consumer as objectively as possible requires an interdisciplinary work between behavioural sciences and legal science. On the other hand, it is considered that the actual use of the trademark should also be taken into account as part of the global assessment in the likelihood of confusion assessment, and a more empirically based structure should be established by applying survey evidence in proving the likelihood of confusion.

## I. Giriş

Marka hukukunda "ortalama tüketici" *(average consumer)*, bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında referans alınan bir ölçüt olup, tüketici davranışlarını ve algılarını değerlendirmek ve belirli bir markanın tescil edilebilirliği veya ihlali konusunda karar vermede belirleyici role sahiptir. Gerçekten de markanın tescili ve koruma kapsamının tespitindeki en önemli araçlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimali olup, *"tescil edilmiş veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir*." [6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu[1] (SMK) m 6/1]. Yine böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup, marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir [SMK m 7/2(b), SMK m 29/1].

Dikkat etmek gerekir ki SMK, karıştırılma ihtimali kapsamında markaların benzerlik değerlendirilmesi ile ilgili olarak "halk" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak gerek doktrin gerek yargı kararlarında, kanun koyucu tarafından kullanılan "halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali" ifadesiyle kastedilenin toplumun bütün kesimleri değil, ilişkilendirilme veya karıştırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalan spesifik çevre olduğu kabul edilmektedir[2]. Diğer bir ifadeyle tüm bu hallerde karıştırılma ihtimalinin tespitinde algısı esas alınan kişi, "ortalama tüketici"dir.

Marka hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çoğu karıştırılma ihtimali ekseninde ortaya çıkmakta ise de değerlendirmede ölçüt alınan "ortalama tüketici" SMK'da veya Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te[3] (SMK Yönetmelik)

---

1 Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 01.01.2017/29944.

2 Sabih Arkan, *Marka Hukuku, Cilt 1*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997) 103; Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006) 140-141; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023) (Marka Hukuku) 238-239; Uğur Çolak 'Türk Marka Hukukunda Karıştırma' (2013) Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 24, 30-31; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 211-212; Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin, Ankara 2003) 188; Dilek İmirlioğu, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 67-68; Zeynep Bahadır, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan Kitabevi, Ankara 2018) 87; Sevgi Epçeli, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali* (Legal Yayınevi, İstanbul 2006) 46. Aynı yönde bkz Yargıtay HGK, 06.12.2023, E 2023/11-694, K 2023/1207; Yargıtay HGK, 14.10.2020, E 2017/11-139, K 2020/765; Yargıtay 11. HD, 07.12.2023, E 2022/2936, K 2023/7150; Yargıtay 11. HD, 17.05.2023, E 2022/2999, K 2023/3052; Yargıtay 11. HD, 10.04.2023, E 2021/8214, K 2023/2186; Yargıtay 11. HD, 22.11.2022, E 2021/4282, K 2022/8163; Yargıtay 11. HD., 28.04.2021, E 2020/5875, K 2021/4212; Yargıtay 11. HD, 30.10.2012, E 2011/10236, K 2012/16843; Yargıtay 11. HD, 21.01.2014, E 2013/10656, K2014/1223. Aynı yönde bkz Court of Justice of the European Union (CJEU), 10.04.2008, C-102/07, parag 28; CJEU, 06.10.2005, C-120/04, parag 24 ve 26; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 17. Benzer şekilde EUIPO da (European Union Intellectual Property Office) ise ortalama tüketici kavramı ile ilgili olarak; "ilgili tüketici kitlesi" veya "ilgili toplum kesimi" yorumu yapmakta ve bu terimin yargı kararlarının aksine genel anlamda toplum kavramından ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir [Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz EUIPO Guidelines for the Examination of European Union Trade Marks, 31.03.2024 (EUIPO Guidelines), Part C, Section 2, Chapter 3, Relevant Public and Degree of Attention]. Paralel şekilde Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT), ortalama tüketici kavramını işaretin hitap ettiği ilgili toplum kesimi olarak tanımlamıştır. (TÜRKPATENT, Marka İnceleme Kılavuzu, 2021, 451 vd)

3 RG 24.04.2017/30047.

tanımlanmadığı gibi, kapsam ve sınırlarına ilişkin bir düzenleme de öngörülmemiştir. Buna karşılık iki farklı alandaki ikincil düzenlemelerde ortalama tüketicinin tanımlandığı tespit edilmektedir. Bunlar, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği[4] (m 4/1-j) ve Türk Gıda Kodeksi Beslenme Beyanları Yönetmeliği'dir[5] (m 4/1-f). Mehaz 2015/2436 sayılı Marka Direktifi[6] de ortalama tüketiciye ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektir. Buna karşılık 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi[7] her ne kadar ölçüte ilişkin bir tanım içermese de genel gerekçede (m 18) ortalama tüketicinin "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" (*reasonably well-informed and reasonably observant and circumspec*t) olması gerektiğine işaret etmekte ve muhtelif hükümlerinde ortalama tüketiciye atıf yapmaktadır [örneğin m 5/2(b), 6/1-2 7/1-2 ve 8].

Konuya ilişkin yargı kararlarında yine ortalama tüketici, "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" olarak formüle edilmekte, ancak somut olayın koşulları çerçevesinde özellikle de mal/hizmetin veya alıcı kitlesinin niteliği gibi çeşitli kriterler çerçevesinde gereken bilgi, dikkat ve tedbir düzeyleri farklı şekilde değerlendirilebilmektedir. Öte yandan özellikle elektronik ticaretin gittikçe önem kazandığı, pazar şartlarının her geçen gün değiştiği ve bu çerçevede tüketicinin algısının da geleneksel anlayıştan farklı bir şekle büründüğü günümüzde ortalama tüketicinin formüle edilmesinin somut olay değerlendirmesinde yargıya gereken esnekliği sağlamaktan uzak olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Ortalama tüketici ölçütüne ilişkin hususların açıklığa kavuşturulması, marka tescil ve korumasında esas alınan ilkelerin doğru bir şekilde tespiti ve uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu çalışma kapsamında sırasıyla ortalama tüketici ölçütünün ortaya çıkışı ve gelişimi, AB ve Türk hukukunda ilgili hukuki düzenlemeler, ölçütün tanımı ve bu bağlamda esas alınması gereken dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyi ve ölçütün benzer kavramlardan farkları incelenmiş, ardından ölçüte eleştirel yönden bakılarak olası çözüm yöntemleri değerlendirilmiştir.

## II. Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Gerek AB [2015/2436 sayılı Marka Direktifi m 5/1(b) ve 10/2(b)] gerek Türk hukukunda [SMK m 6/1 ve 7/2(b)] karıştırılma ihtimalinde dikkate alınan ölçüt "halk" (*public*) olarak düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada hukuki düzenlemedeki ibarenin "ilgili halk" (*relevant public*), mal/hizmetin hedef kitlesi şeklinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir[8].

4 RG 10.01.2015/29232.

5 RG 20.04.2023/31269.

6 OJ L 336/1, 23.12.2015 (2015/2636 sayılı Marka Direktifi).

7 OJ L 149, 11.6.2005 (2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi).

8 Bkz (n 2).

"İlgili halk" değerlendirmesine ilişkin olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) *Sabel* davasında[9] "ortalama tüketici" ölçütünü kabul etmiş[10], ölçüte ilişkin detaylı bir değerlendirme ise ABAD'nin 1998 tarihli *Gut Springenheide* kararında yapılmıştır[11]. Somut uyuşmazlıkta davacı ürettiği %60 oranında altı farklı tahıl içeren tavuk yemlerini "6-tahıl –10 taze yumurta" (*6-grain-10 fresh eggs*) sloganıyla pazarlamaktaydı. Her yumurta paketi ayrıca bu yemin, yumurtaların kalitesi üzerindeki faydalı etkilerini anlatan bir broşür de içermekteydi. Tüketiciler bakımından yanıltıcı olduğu iddiasının ileri sürüldüğü davada, Alman Federal Mahkemesi'nin ön kararıyla ABAD, somut olayda tüketicilerin alıcıların (*purchasers*) yanılma ihtimalinin olup olmadığını ve bu bağlamda tüketicinin nasıl tespit edilmesi gerektiğini incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme, satışların artırılması için kullanılan bir ifade veya tanımın, alıcıyı yanıltıcı nitelikte olup olmadığının tespitinde ulusal mahkemenin makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli ortalama bir tüketicinin varsayılan beklentilerini dikkate alması gerektiğini ifade etmiştir[12]. Bunun yanı sıra kararda, ortalama tüketicinin yanılma ihtimalinin tespitinde tüketici anketi veya bilirkişi raporu gibi ispat vasıtalarından yararlanılabileceğinin de altı çizilmiştir.

*Gut Springenheide* kararından beri Mahkeme, yanıltıcı bilgiye karşı tüketiciyi koruma üzerine Birlik düzenlemelerine ve içtihat hukukuna atıfta bulunarak, belirli bir tanıtım beyanının tüketiciyi yanıltmaya yönelik olup olmadığına karar vermek

---

9 CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 22–25.

10 Ortalama tüketici için getirilen "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli" kimseyi esas alan konsept, bir bilgi modeline dayanmakta olup, bu modelde, tüketici reklâm tarafından verilen veya kendisinin edindiği bilgiye dayanarak seçim yapan bir piyasa aktörü olarak kabul edilmektedir. Bu modelde tüketiciler, belirsiz kararların olası sonuçlarını tahmin edebilen ve kararın verildiği zamanda beklentilerini maksimize edecek sonucu seçebilen kimseler olarak görülürler. Varsayılan rasyonelliklerinin sonucu olarak, tüketiciler kendi edimlerinden geniş ölçüde sorumlu tutulacak ve firma için potansiyel yükümlülük büyük ölçüde azalacaktır [Rossella Incardona ve Cristina Poncibò,'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution' (2007) 1 Journal of Consumer Policy Issue 21, 29]. Tüketicinin piyasa aktörlerinden biri olarak sorumlu olduğu yönünde bkz CJEU, 09.07.1995, C-470/93, parag 15; CJEU, 02.02.1994, C-315/92, parag 9; CJEU, 18.05.1993, C-126/91, parag 12; CJEU, 20.02.1979, C-120/78, parag 8, 9 ve 12; CJEU, 13.12.1990, C-238/89, parag 12. Tüketicinin edindiği bilgiyi değerlendirme ve rasyonel karar alabilme yetilerinin varlığını kabul eden tüketici modelinin piyasa işleyişini destekleyici önlemler almakla yetinen liberal yapılı bir tüketici hukuku modelini sonuçladığı yönünde bkz Ayşegül Küçükdağlı, 'Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri' (2020) 2(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145, 149.

11 Daha geniş bir bağlamda, mahkemelerin ortalama tüketicinin norm temelli yapısına yönelik yaklaşımı, marka davalarının karara bağlandığı sosyo-ekonomik ortamdaki önemli değişikliklerle ve 20. yüzyıl boyunca yeni ekonomik teorilerin gelişmesiyle eşzamanlıdır [Yang Xiao, 'A Thousand Faces of the Average Consumer: Towards A More Empirically Grounded Approach to the Infringement Test?' (2022) 17(7) Journal of Intellectual Property Law and Practice 559, 563]. Şöyle ki İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, sınıf ayrımları daha az belirgin ve nüfusun çoğunluğu da (pahalı olanlar da dahil) çok çeşitli tüketim mallarına erişebilir hale gelmiştir. Bu tür bir sosyal homojenlik, eğitim eksikliklerini ya da sınıfsal avantajlardan etkilenmeyen bir ortalama tüketici varsayımının formüle edilmesini mümkün kılmaktadır (Jennifer Davis, 'Locating the Average Consumer: His Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law' (2005) 2 IPQ 183, 186). Bununla birlikte, neo-klasik iktisat tarafından önerilen temsili tüketici (*representative consumer*) modeli 20. yüzyılın sonlarından itibaren hakimiyet kazanmış ve ortalama tüketicinin yasal inşasına teorik destek sağlamıştır. Bu teoriye göre, tüketicilerin heterojenliğine rağmen, belirli bir ürün için tercihleri tüm tüketicilerle örtüşen, fayda maksimizasyonu yapan bir bireysel tüketicinin varlığı varsayılabilir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz Simon P Anderson, Andre De Palma ve Jacques-Francois Thisse, *Discrete Choice Theory of Product Differentiation* (MIT Press 1992) 13–14). Bu yaklaşımın serbest piyasa ekonomisi üzerine şekillenen ve ayırt etme fonksiyonunu sağladığı sürece tescilin mümkün olduğu marka hukuku rejimi ile de uyumlu olduğu yönünde bkz Davis (n 11) 183 vd.

12 CJEU,16.07.1998, C-210/96, parag 31. Karar incelemesi için bkz Koray Güven, "Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme' (2015) 28 (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 493,493-508.

için, ulusal mahkemenin makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan ortalama tüketicinin farz edilen beklentilerini dikkate alması gerekliliğine işaret etmekte ve o günden bu yana içtihat hukuku ile söz konusu kavrama ilişkin bazı kurallar belirlenerek kavrama hukuki bir çerçeve kazandırmaya çalışmaktadır[13].

AB Hukukuna paralel şekilde Türk hukukunda da karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde kanuni ölçüt olan "halk", yargı kararlarında ve doktrinde "ortalama tüketici" olarak kabul görmüş ve bu kimsenin makul düzeyde bilgi sahibi olduğunun kabul edilmesi gerektiği istikrarlı bir şekilde benimsenmiştir[14].

## III. İlgili Hukuki Düzenlemeler

### A. Avrupa Birliği Hukukunda

Mehaz düzenleme olan 2015/2436 sayılı Marka Direktifi'nde nispi ret sebeplerine ilişkin 5. maddenin 1(b) bendinde ve ihlal hallerine ilişkin 10. maddenin 2(b) bendinde ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde ölçüt alınacak kitle, "halk" (*public*) olarak belirlenmiştir. Ancak bu kavramın neyi ifade ettiğine ilişkin Direktif'te açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

AB hukukunda, ortalama tüketici ölçütüne ilişkin önemli bir hukuki düzenleme 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'dir. Direktif, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar verebilecek haksız ticari uygulamaların önüne geçmeye yönelik olup, üye ülkelerdeki birbirinden tamamen farklı ölçütlerin uyumlu hale getirilmesi, iç pazarın aksamadan çalışmasına katkıda bulunulması, tüketicilere yüksek düzeyde koruma sağlanması ve tüketicinin belirli bir ürün/hizmete ilişkin karar verme yetisini önemli ölçüde azaltıp bilgilenmiş, dikkatli ve makul düzeyde ekonomik kararlar almasına mani olacak uygulamalara karşı korunması amaçlanmaktadır[15].

---

[13] Örneğin bkz CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 29.04.2004, C-473/01 ve C-474/01, parag 52; CJEU, 21.10.2004, C-64/ 02, parag 43; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; CJEU,16.07.1998, C-210/96, parag 30 – 32; Court of First Instance (CFI), 26.11.2008, T-435/07, parag 17; CFI, 20.06.2004, T-311/02, parag 28; General Court (GC), 31.01.2013, T-66/11, parag 22; GC, 15.12.2005, T-263/04, parag 6; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68; GC, 27.02.2002, T-34/00, parag 47. Yargı kararlarının detaylı incelemesi için bkz "III. B. Ortalama Olmak – Gereken Bilgi, Dikkat ve Tedbir Düzeyi" bölümü. Ayrıca bkz Rasmus Dalgaard Laustsen, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trade- mark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019) 281; Paul Maeyaert ve Jeroen Muyldermans, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) The Law Journal of the International Trademark, 1041-1042; Daniel R Bereskin QC, 'Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection', (2019) 14(3) Journal of Intellectual Property Law & Practice 223,228.

[14] Örneğin bkz Yargıtay HGK, 08.07.2020, E 2017/11-135, K 2020/546; Yargıtay 11. HD, 18.10.2023, E 2022/2174, K 2023/5940; Yargıtay 11. HD, 20.09.2023, E 2022/1607, K 2023/5159; Yargıtay 11. HD, 27.03.2023, E 2021/7548, K 2023/1878; Yargıtay 11. HD, 25.01.2023, E 2021/5663 K 2023/517; Yargıtay 11. HD,17.01.2023, E 2021/5822, K 2023/327; Yargıtay 11. HD, 01.12.2022, E 2021/4587, K 2022/8552; Yargıtay 11. HD, 30.11.2022, E 2021/4324, K 2022/8521; Yargıtay 11. HD, 26.09.2022, E 2021/2059, K 2022/6280; Yargıtay 11. HD, 05.06.2018, E 2016/13322 K 2018/4329; Yargıtay 11. HD, 06.12.2017, E 2016/4323, K 2017/6937. Doktrin için bkz (n 2).

[15] Art. 3(5) ve 18. Direktif'e ilişin değerlendirmeler için bkz Mehmet Ali Aksoy, '2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 279, 279-318.

Direktif'in 2(a) maddesi "tüketici"yi "ticari uygulamalarda, ticareti, işi, zanaatı veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek kişi" şeklinde tanımlamaktadır. Her ne kadar tanım ortalama tüketiciye ilişkin değil ise de Direktif'in muhtelif maddelerinde [örneğin m 5/2(b), 6/1-2, 7/1-2 ve 8] "ortalama tüketici" ibaresine yer verilmiştir. Yine ortalama tüketici genel gerekçenin 18. Maddesinde ""makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse" olarak zikredilmiştir.

Direktif çerçevesinde, bir uygulama, hem belirli bir alanda gerekli kesinlik ve açıklık gibi meslek standartlarına riayet etmediği hem ortalama tüketicinin ekonomik davranışını önemli ölçüde etkileyip, kendisine sunulan ticari bir teklifte bilgisini tarafsızca kullanmasını engelleyerek onu ekonomik bir karar almaya zorladığında haksız kabul edilir[16]. Haksızlığın tespitinde ortalama tüketicinin algısı dikkate alınır[17]. Genel gerekçe m 18'de Direktif'in ticari uygulamanın konusu olan mallar veya hizmetler hakkında bilgilenmemiş tüketicileri korumadığı ifade edilmektedir. Direktif, ortalama tüketiciyi makul bir şekilde bilgilendirilmiş olarak kabul etmekte ayrıca tüketiciye makul bir şekilde dikkatli ve ihtiyatlı davranma yükümlülüğü yüklemekte; yani direktifle makul şekilde iyi bilgilendirilmiş, ortalama seviyede dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketici korunmaktadır.

## B. Türk Hukukunda

Markanın tescili ve koruma kapsamının tespitindeki en önemli araçlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimali olup, "*tescil edilmiş veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir*." (SMK m 6/1). Yine böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup, marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir [SMK m 7/2(b), SMK m 29/1]. Gerek tescil engeli gerek ihlal düzenlemesinde karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesindeki ölçüt, AB düzenlemelerine paralel şekilde, "halk" olarak belirlenmiştir.

Türk Hukukunda ortalama tüketicinin tanımının iki farklı düzenlemede yapıldığı tespit edilmektedir. Bunlardan ilki, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'dir. Yönetmelik'in amacı "*reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlar ile ticari uygulamada*

[16] Art. 2(e) and 5(2)(b). 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi - istisnaları mevcut olmakla beraber (Direktif'in 1 numaralı Ek'inde belirtilen herhangi bir test ya da kanıttan bağımsız olarak haksız olduğu kabul edilen haller) - haksız ticari uygulamaları aldatıcı (*misleading*) ve saldırgan (*agressive*) uygulamalar olarak iki kategoriye ayırmaktadır (m 5). Diğer bir ifadeyle, ticari bir uygulama aldatıcı ve/veya saldırgan olmadığı yahut Ek 1'de belirtilen herhangi bir test ya da kanıttan bağımsız olarak *a priori* haksız kabul edilen ticari uygulamalardan biri olmadığı müddetçe kullanılabilir. Konuya ilişkin detaylı bir değerlendirme için ayrıca bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 26-27.

[17] Direktif kapsamında ortalama tüketici davranış modeline ilişkin bkz Aksoy (n 15) 288.

*bulunanların uyması gereken ilkeleri ve bu ilkeler çerçevesinde yapılacak inceleme esaslarını belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumaktır."* (m 1). İlgili düzenlemenin tanım maddesi uyarınca "*Ortalama tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade eder (m 4/1-j). Yönetmelik'te "tüketici" de ayrıca tanımlanmıştır. Bu tanıma göre tüketici, "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*"dir (m 4/1-ö) [18]. "Ortalama tüketicinin tanımlandığı bir diğer düzenleme, Türk Gıda Kodeksi Beslenme Beyanları Yönetmeliği (Gıda Yönetmeliği) [19] m 4/1-f olup, hükme göre ortalama tüketici "*Sosyal, kültürel ve lisanla ilgili faktörler dikkate alındığında makul bir seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan tüketiciyi*" ifade eder. Diğer Yönetmelik'ten farklı olarak Gıda Yönetmeliği, sadece bilgi sahibi olma değil, dikkat ve tedbirli olma kıstaslarına da yer vermesi açısından önem taşımaktadır.

AB Hukukuna paralel şekilde Türk Hukukunda da marka mevzuatında "ortalama tüketici" ibaresine yer verilmediği gibi, tanımlayıcı veya kavrama ilişkin kriterleri tespit edici bir hüküm de sevk edilmemiştir. İlgili düzenlemeler reklam ve gıda uygulamalarına ilişkin ikincil mevzuatta yer almakta ve 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nden farklı olarak "ortalama tüketici"yi tanımlamaktadır.

Marka hukukundaki en temel ihlal hali olan karıştırılma ihtimali değerlendirmesindeki temel ölçütün, SMK ve/veya SMK Yönetmelik'te değil de farklı uygulamalara ilişkin ikincil düzenlemelerrde tanımlanmasının yerindeliği tartışılabilir. Ancak kanaatimiz, aşağıda gerekçeleri üzerinde detaylı olarak durulduğu üzere, ortalama tüketiciye ilişkin bir tanım maddesinin verilmesinden kaçınılması ve bu sayede somut olayın koşullarının gerektirdiği değerlendirmenin yapılabilmesine olanak sağlayan esnekliğin yargı mercilerine bırakılması gerektiği yönündedir[20].

## III. Tanımı

Gerek AB gerekse Türk marka mevzuatında, karıştırılma ihtimali kapsamında markaların benzerlik değerlendirilmesinde ölçüt "halk" olarak kabul edilmiş ise de ilgili düzenlemelerde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Yerleşmiş içtihatlarda bu ifade ile kastedilenin toplumun bütün kesimleri değil, ilişkilendirme veya karıştırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalan spesifik çevre olduğu ve bu çevrenin malın/hizmetin yöneldiği "ortalama tüketici

[18] Dikkat etmek gerekir ki 2015/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nden farklı olarak Yönetmelik'te hem "tüketici" hem de "ortalama tüketici" tanımlanmıştır.

[19] RG 20.04.2023/31269.

[20] Detaylı bilgi için bkz "VI. Çözüm Önerileri" bölümü.

kitlesi"ni ifade ettiği kabul edilmektedir[21]. Diğer bir ifadeyle marka hukukunda "ortalama tüketici kitlesi," bir ürünün veya hizmetin hedef kitlesini temsil eden ve marka tescili veya ihlali durumlarında dikkate alınan ölçüttür. Bu noktada SMK m 6/1 ve 7/2(b)'deki "halk" ifadesinin, yerleşik içtihatlara uygun olarak, "ortalama tüketici" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

### A. Tüketici Olmak – İlgili Kitlenin Tespiti

Ortalama tüketici ölçütünde tespiti gereken ilk unsur, tüketicinin kim olduğudur. Tüketici olma birden çok anlam ifade edebilir. Bu anlamda tüketici, markayı taşıyan ürünün alıcısı veya son kullanıcısı mıdır ya da bu terim ilgili sektörde faaliyet gösteren bir kişiyi mi işaret etmektedir? Konuya ilişkin ilgili mevzuatta herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 4/1-j'deki ortalama tüketici tanımı bir ölçüde yol gösterici olarak kabul edilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere tanım uyarınca, "*Ortalama tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade eder. Dolayısıyla tanım çerçevesinde ilgili tüketici kitlesi ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişilerle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, ortalama tüketici ilgili mal/hizmetin alıcısı, bu alanda çalışan, faaliyet gösteren, bu alan ile ilgilenen kişiler de olabilecektir[22].

ABAD bu hususta, uyuşmazlığa konu mal veya hizmet kategorisinin ortalama tüketicisine ait algının, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde belirleyici bir rol oynadığını belirterek, ortalama tüketicinin değerlendirmeye konu mal ve hizmetler yönünden belirleneceğini kabul etmektedir[23].

Tüketicinin tespitindeki nicel yönden bir değerlendirme yapılması da gerekir. Nitekim marka ihlalinden veya tescil engelinden bahsedebilmek için ilgili tüketici kitlesinin "önemli bir bölümü/kısmı" nezdinde karışıklığın ortaya çıkmış olması gerektiği uzun zamandır kabul edilen bir kuraldır[24]. "Önemli bir bölüm/kısım" ifadesi, gerçek dünyada kafası karışan veya karışması muhtemel tüketicilerin istatistiksel çoğunluğunun bulunup bulunmadığına odaklanması gereken ortalama tüketici ölçütüne ilişkin değerlendirmeye yönelik nicel bir yaklaşıma işaret etmektedir[25].

---

21 Bkz (n 2)

22 Konuya ilişkin bir kararda ilgili kitle, markayı taşıyan ürünlerin alıcısı olarak tespit edilmiştir (CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 31). Diğer bir kararda karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin önceki mal/hizmetin potansiyel müşterisi ile başvurusu yapılan markanın potansiyel müşterisi dikkate alınarak yapılacağını içtihat etmiştir (GC, 15.01.2013, T-451/11, parag 37).

23 CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 25. Aynı yönde bkz CFI, 09.02.2006, C-127/04, parag 28; GC, 22.11.2023, T-32/23, parag 24.

24 EUIPO Guidelines, Part C, Section 2, Chapter 3, Relevant Public and Degree of Attention.

25 Ortalama tüketici ölçütünün, istatistiksel olmayıp, ilgili halkı temsil eden ve varsayılan beklentileri dikkate alması gereken norm temelli hukuki bir kriter olduğu yönünde bkz Xiao (n 11) 560.

Tüketici unsuruna ilişkin belirtilmesi gereken bir diğer husus da mal/hizmetlerin belirli bir bölgeye özgü olduğu ve/veya sadece belirli bir bölgede reklamının yapıldığı durumlardır. Böyle bir halde, ilgili bölgedeki tüketicilerin referans olarak alınması gerekir; diğer bölgelerdeki tüketici beklentileri ise referans dışıdır.

Yine ortalama tüketicilerin tespitinde sosyal, kültürel ve dil faktörleri de belirleyici olabilir[26]. Nitekim uyuşmazlık konusu işaretler, yalnızca belli bir ülkede konuşulan bir dildeyse ve bu dil de yaygın olarak bilinen bir yabancı dil değilse, fiilen ürünün ya da hizmetin hedeflediği tüketici grubu da belirlenmiş olur.

### B. Ortalama Olmak – Gereken Bilgi, Dikkat ve Tedbir Düzeyi

Ortalama tüketici kavramı uyuşmazlık konusu alanda "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi"yi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır[27]. Dolayısıyla ortalama tüketici ölçütünün kapsam ve sınırlarının tespitinde tüketicinin kim olduğunun belirlenmesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu tüketicinin varsayılan bilgi, dikkat ve tedbir seviyesinin de tespiti gerekir.

Ortalama tüketici bakımından aranan bilgi, dikkat ve ihtiyat derecesi kural olarak, makul düzeyde olmak durumundadır[28]. *Lloyd* kararında ABAD, *Gut Springenheide* kararında ortaya koyduğu ortalama tüketici ölçütünü tekraren karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkatsiz bir tüketicinin değil, muhtelif detayları dikkate almaksızın markayı bir bütün olarak algılayan tüketicinin referans alınması gerektiğini ifade etmiştir[29]. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, ortalama kullanıcının çok nadir durumlarda farklı markalar arasında doğrudan karşılaştırma yaptığını, onun yerine aklında kaldığı kusurlu izlenimlere güvendiğini ve dikkat seviyesinin söz

---

[26] CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 18, 22; GC, 14.10.2004, T-183/03, parag 17. Ayrıca bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 23; Aksoy (n 15) 292-293.

[27] CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 21.10.2004, C-64/ 02, parag 43; CJEU, 29.04.2004, C-473/01 ve C-474/01, parag 52; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 17; CFI, 20.06.2004, T-311/02, parag 28; GC, 15.12.2005, T-263/04, parag 6; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68; GC, 27.02.2002, T-34/00, parag 47.

[28] 2006'dan 2018'e kadar bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri tarafından karara bağlanan 189 Hollanda davasını analiz ettiği çalışmasında *Anemaet*, mahkemelerin ortalama tüketici bakımından normal düzeyde bilgi, dikkat ve ihtimam seviyesini esas aldığını tespit etmiştir [Bkz Lotte Anemaet, 'The Fairy Tale of the Average Consumer: Why We Should Not Rely on the Real Consumer When Assessing the Likelihood of Confusion' (2020) 69 GRUR Int 1008, 1013]. İltibas (karıştırılma) tehlikesinin belirlenmesinde kural olarak, vasat düzeydeki tüketicilerin ilk bakışta ürün veya hizmeti karıştırmasına sebep olması veya karıştırılma tehlikesinin bulunması ölçütünün esas alınacağı yönünde bkz Kaya (n 2) 140.

[29] CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 25. Aynı yönde bkz CJEU, 15.10.1998, C-324/97, parag 26; CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 23; GC, 21.11.2013, T-443/12, parag 54; GC, 17.03.2004, T-183/02 ve T-184/02, parag 68.

konusu mallar veya servislerin kategorisine göre değişmesinin muhtemel olduğunu belirtmiştir[30].

Yine ortalama tüketicinin, uyuşmazlığa konu ürün/hizmet hakkında, detaylı olmak zorunluluğu olmadan, genel düzeyde bilgi sahibi olması beklenir[31]. Bu bağlamda ortalama tüketicinin makul düzeyde bilgiye sahip olması yeterli olup, tasarım hukukunda "bilgilenmiş kullanıcı" veya patent hukukundaki "teknik alanda uzman kimse" seviyesinde bilgi sahibi olması gerekli değildir[32].

Uygulamada ortalama tüketicinin dikkat düzeyi incelenirken belirli kriterler çerçevesinde değerlendirmeler yapılmaktadır. *Mal veya hizmetin veya alıcı kitlesinin niteliği* bunlardan bazılarıdır. Gerçekten de *belirli mal/hizmet gruplarında* varsayımsal seviye daha yüksek iken, diğerlerinde ortalama düzeyde olabilir. Nitekim günlük hayatta toplumun her kesimi tarafından kullanılır nitelikte olan ürünler bakımından tüketicinin genellikle dikkatli davranmayacağı kabul edilmektedir[33]. "Yiyecek-içecek"[34], "giyim"[35], "ev tekstil"[36], "bankacılık hizmetleri"[37] gibi günlük veya dikkate değer sıklıkta alım-satım ilişkilerine konu edilen, daha düşük bedelli ve toplumun her kesiminden insanlara hitap eden ürünler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Çamaşır ve bulaşık makinesi tabletlerinde Birlik markası tescilini konu alan *Procter & Gamble* kararında EUIPO (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi), uyuşmazlık konusu ibarenin ayırt edicilikten yoksun olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiş, EUIPO Temyiz Kurulu ve İlk Derece Mahkemesi ise ortalama tüketici algıları

30 CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74. Aynı yönde bkz CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; GC, 21.11.2013, T-443/12, parag 54. Dikkat düzeyi yüksek müşterinin dahi markalar arasında direk karşılaştırma yapamayacağı ve hafızasında kalan görünüm ile tercihini yapacağı yönünde bkz GC, 16.06.2014, T-324/13, parag 48. Bu durum, tüketicilerin önemsiz detaylardan ziyade ürünlerin baskın ve ayırt edici bileşenleri ile ilgilendikleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu perspektiften bakıldığında, ABAD önceki marka ne kadar ayırt ediciyse, karıştırılma olasılığının o denli yüksek olduğunu kabul etmektedir (GC, 31.01.2013, T-66/11, parag 20). Mahkemelerin ayırt ediciliğin yüksek olduğu durumlarda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu yönünde karar verdiğine ilişkin bkz Anemaet (n 28) 1014 vd. Mahkemelerin bu yaklaşımı markanın yüksek düzeyde ayırt ediciliğe sahip olması, tüketicinin uyuşmazlık konusu markaları ayırt etmesine ve bu sayede markalar arasında karışıklığa düşmeyecek olması gerekçesiyle eleştirilebilir

31 Bilgi sahibi olmanın, çok kriterli karıştırılma ihtimali analizinde olumlu bir faktör olarak değerlendirilebileceği, daha dikkatli işlem yapma kapasitesine sahip olan tüketicilerin, önceki ve sonraki marka arasında yanlış bağlantılar kurma ihtimalinin daha yüksek olduğu yönünde bkz Xiao (n 11) 562. Örneğin, kot pantolonun arka cebindeki dikiş deseni kullanmak suretiyle davacı markasının ihlalini konu alan *Louis Sportswear* davasında ABD Mahkemesi, ilgili tüketicinin bilgili bir tüketici olduğunu, zira ancak böyle bir tüketicinin kot pantolonun arka cebindeki desenlere dikkat edeceğini ve bu tüketicilerin markalar arasında belirli düzeyde bağlantı kurma ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir (Lois Sportswear, USA, Inc v Levi Strauss & Co, 799F 2d 867, 875 (2d Cir 1986). Kanaatimizce bilgi düzeyinin yükselmesi, tüketicinin markalar arasında karışıklığa düşmesini engelleyecek bir etkiye sahiptir.

32 Detaylı bilgi için bkz "IV. Benzer Kavramlarla Karşılaştırma" bölümü.

33 Yargıtay, "…*emtia listesindeki malların günlük kullanıma yönelik kolay tüketilen ve ucuz ürünler olması nedeniyle iltibas tehlikesinin daha da arttığını, dava konusu markanın tüm sınıflarda reddi gerektiğini, davalının tescil başvurusunun aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini…"* içtihat etmiştir (Yargıty 11. HD, 01.06.2015, E 2015/2555, K 2015/7356). Aynı yönde bkz CJEU, 03.09.2009, C-498/07, parag 74; CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 26; GC, 31.01.2013, T-66/11, parag 22; GC, 07.07.2005, T-385/03, parag 27; GC, 10.11.2004, T-402/02, parag 51.

34 Yargıtay 11. HD, 01.11.2007, E 2016/3603, K 2017/6005, Yargıtay 11. HD, 24.04.2017, E 2015/13753 K 2017/2329.

35 Yargıtay 11. HD, 12.12.2018, E 2017/2789 K 2018/7900; Yargıtay 11. HD, 02.11.1999, E 1999/4005 K 1999/8651.

36 Yargıtay 11. HD, 17.02.2006, E 2004/14154, K 2006/1555; Yargıtay 11. HD, 15.03.2017, E 2015/12698 K 2017/1541; Yargıtay 11. HD, 10.06.1988, E 1987/8854, K 1988. Aynı yönde bkz CFI, 16.01.2008, T-112/06, parag 37.

37 Yargıtay 11. HD, 30.04.2014 E 2013/9101 K 2014/8109.

çerçevesinde yaptığı değerlendirme neticesinde bu kararı onamıştır[38]. Uyuşmazlık konusu ürünler günlük tüketim ürünü olduğundan, ayırt edicilik değerlendirmesinde referans alınacak tüketici kitlesinin genel halk olduğuna kanaat getirilmiş, ortalama tüketicinin çamaşır ve bulaşık makinesi tabletlerinin şekil ve rengine dikkat etme derecesinin, her gün kullanılan ürünler olması dolayısıyla, çok yüksek olmayacağına karar vermiş ve karar, ABAD tarafından da onanmıştır[39]. Söz konusu karar, ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin belirlenmesinde fiyat ve kullanım yoğunluğunu kıstas alması, günlük tüketim ürünlerinde dikkat düzeyinin, fiyatı daha pahalı olan ve daha az tercih edilen ürünlerdekine kıyasen daha düşük düzeyde olacağı şeklinde bir kabulü de beraberinde getirmesi açısından önem taşımaktadır[40].

Alıcı kitlesinin niteliği çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus *markayı taşıyan ürün/hizmetlerin uzman bir kitleye hitap edip etmediğidir.* Böyle bir olasılıkta özel veya uzmanlaşmış alıcı kitlesinin, ortalama dikkat ve özene sahip alıcılardan daha itinalı ve seçici davranacağı kabul edilmektedir[41]. Diğer bir ifadeyle uzman bir tüketici kitlesine hitap eden ürünler bakımından esas alınacak dikkat düzeyi, genel halka hitap eden ürünlere nazaran daha yüksek olacaktır. Bu tür ürünlere verilebilecek en temel örnek medikal ekipmanlardır. Nitekim gerek Yargıtay gerek ABAD doktor, eczacı, diş hekimi, ilaç mümessilleri gibi uzman tüketiciye hitap eden bu ürünlerde dikkat düzeyinin daha yüksek olacağını kabul etmektedir[42]. Bu tür ürün/hizmetlere başkaca örnekler de vermek mümkündür. Bu bağlamda, "reklamcılık, pazarlama ve halkla ilişkiler ile ilgili hizmetler (Ticari ve reklam amaçlı sergi ve fuarların organizasyonu hizmetleri dahil), büro hizmetleri, iş yönetimi idaresi ve bu konular ile ilgili danışmanlık, muhasebe ve mali müşavirlik hizmetleri"[43], "insan

---

38 CFI, 08.07.1999, T-163/98, parag 54.

39 CJEU, 20.10.20211, C-383/99.

40 Müşterilerin düzenlik olarak almadıkları bir mal söz konusu olduğunda alım sürecindeki dikkatlerinin normalde gösterdikleri dikkatten yüksek olduğu kabul edilir (CFI, 16.01.2008, T-112/06, parag 37). Uyuşmazlık konusu mal/hizmetler günlük tüketim malzemesi niteliğinde değilse ve bilgili tüketiciye hitap ediyor ise, markanın hitap ettiği tüketicinin dikkatinin yüksek olacağı yönünde bkz GC, 13.10.2009, T-146/08, parag 44-47. Öte yandan Söz konusu ürünlerin sürekli aynı kullanıcılar tarafından alınıyor olmasının dikkat düzeyini artırıcı etkisi olduğu yönünde bkz Nihal Koşer, 'Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin 7 Şubat 2019 Tarihli "Swemac" Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme' (2020) 5(1-2), Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2151 (Marka Hukuku), 2166-2167.

41 Yasaman, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoğlu Bilgin, Pınar Memiş Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, *Cilt 2* (Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021) 988-989; Kaya (n 2) 140-141; Çolak, Marka Hukuku (n 2), 239; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali* (Seçkin, Ankara 2009)123; Dirikkan (n 2) 125; Epçeli (n 2) 47. AB'de mahkemelerin nadiren özel bir tüketici kitlesi belirleme eğilimde olduğu yönünde bkz Tobias Cohen Jehoram, Constant van Nispen ve Toon Huydecoper, *European Trademark Law. Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law* (Kluwer International 2010) 148. Aynı yönde bkz Ilanah Fhima ve Catrina Denvir, 'An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law' (2015) 46 IIC 310, 336.

42 Yargıtay 11. HD, 08.11.2023, E 2022/2493, K 2023/6555; Yargıtay 11. HD, 01.11.2023, E 2022/2616, K 2023/6376; Yargıtay 11. HD, 15.02.2022, E 2020/6795, K 2022/1143; Yargıtay 11. HD, 01.03.2022, E 2020/6887, K 2022/1389; Yargıtay 11. HD, 02.04.2018, E 2016/9714, K 2018/2309. Tıbbi, cerrahi ekipmanlara ilişkin mal veya hizmet alıcı ve kullanıcılarının sağlık sektöründe çalışan profesyoneller olduğu göz önünde tutarak uzmanlaşmış tüketici grubunu esas aldığı ve dolayısıyla bu kişilerin algı ve özen derecelerinin yüksek olduğu yönünde bkz CFI, 21.10.2008, T-95/07, parag 56; GC, T-382/09, 09.09.2011, parag 28; GC, T-353/04, 13.02.2007, parag 60; GC, T-211/03, 20.04.2005, parag 24. Aynı yönde bkz Laustsen (13) 315; Maeyaert ve Muyldermans (n 13) 1043. İlaç markalarına ilişkin değerlendirmeler için bkz (n 56).

43 Yargıtay 11. HD., 18.04.2018, E 2017/4240 K 2018/2881.

ve hayvan sağlığı için ilaçlar, kimyasal, elektroteknik ölçü ve kontrol cihazları"[44], "telekomünikasyon hizmetleri, bilişim uzmanlarının bankacılık dışındaki telefon uygulamalarında kullanacakları resimlerin kalitesini yükseltmek için bilgisayar sistemi gibi mal ve hizmetler, boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler, boya pigmentleri vb."[45], "su arıtma cihazları"[46] ,"tütün mamulleri"[47], "mikroler ürünleri"[48], "finansal hizmetler"[49], "gastronomi alanında çalışanlara yönelik ürünler"[50] de özel bir kesime hitap eden ürün/hizmet grubunda kabul edilmektedir.

*Markayı taşıyan ürün/hizmetlerin hem ortalama hem özel bir kesime hitap etmesi durumunda* nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği üzerinde de durulması gerekir. Nitekim *CeWe Color AG & Co. OHG* kararında, uyuşmazlık konusu mal/hizmetlerin yalnızca uzman bir kesime değil, daha geniş ve umuma yönelik olduğu durumlarda ortalama tüketicinin bilgi, dikkat ve ihtiyat seviyesinin de daha farklı olması gerektiği belirtilmiştir[51].

Motosikletçilerin giydikleri kıyafetleri konu alan *Miles Handelsgesellschaft International* davasında AB Genel Mahkemesi, bu ürünlerin motosiklet kullanmayan diğer insanlar tarafından da satın alınabileceğini ifade ederek ilgili tüketici kitlesinin ortalama düzeyde dikkat ve ihtimam göstereceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, ilgili kesimin yalnızca motosikletçilerden oluştuğu kabul edilse dahi, bu kişilerin hem motosiklet kullanırken hem de kışın herhangi bir zamanda kullanılabilecek söz konusu giysiyi alırken, ortalama tüketiciden daha fazla dikkatli davranmayacağına karar vermiştir[52]. Dolayısıyla Mahkeme dikkat, bilgi ve ihtimam düzeyinin makul düzeyde olmasını yeterli kabul etmiştir. Öte yandan *Yorma's AG* kararında Genel Mahkeme, uyuşmazlık konusu mal/hizmetler hem profesyonellere hem de ortalama tüketiciye hitap ediyorsa, teki için karıştırılma ihtimalinin gerçekleşmesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir[53]. Migren tedavisine yönelik ilaç markalarını konu alan bir kararında AB Genel Mahkemesi, ortalama tüketicinin sadece genel halkın parçası olan tüketici olarak anlaşılamayacağını, bu kavramın aynı zamanda söz konusu mal ve hizmetlerin özel olarak hedeflediği kamunun bir parçası olan tüketiciyi de

44 Dirikkan (n 2) 190, dn.69.

45 Ankara 2. FSHHM, 12.02.2014, E 2013/165, K 2014/33.

46 Yargıtay 11. HD, 01.03.2022, E 2020/6887 K 2022/1389.

47 Yargıtay HGK, 14.10.2020, E 2017/11-139, K 2020/765.

48 Yargıtay 11. HD., 13.11.2000, E 2000/7530 K 2000/8881.

49 Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (UKIPO), 26.09.2016, O/448/16.

50 Court of First Instance (CFI), 23.12.2004, T-360/03, parag 21

51 GC, 08.10.2005, T-178/03 ve T-179/03, parag 28.

52 GC, 07.07.2005, T-385/03, parag 15. Aynı yönde bkz CFI, 21.10.2008, T-95/07, parag 56; GC, 20.07.2004, T-311/02, parag 28. İlgili mal/hizmetin hem uzman hem ortalama tüketiciye hitap etmesi durumunda özel tüketici kitlesinin dikkate alınmayacağı yönünde bkz Incardona ve Poncibò (n 10) 28.

53 GC, 15.02.2011, T-213/09, parag 25. Aynı yönde bkz GC, 09.10.2012, T-366/11, parag 30

kapsadığını ve bu kitlenin dikkat düzeyinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir[54]. Benzer şekilde Mülkiyet Ofisi (UKIPO) *Total* kararında, uyuşmazlık konusu olan finansal hizmetlerin hem ortalama hem de uzmanlaşmış bir kitleye hitap edebileceğini ifade etmiş ancak bankacılık hizmetlerinde tüketicilerin daha fazla dikkat ve özen gösterdiklerinden bahisle esas alınması gereken dikkat düzeyinin yüksek olması gerektiğini ifade etmiştir[55]. Buna karşılık ABAD ilacın reçeteli olup olmadığına göre farklı bir değerlendirme yapmakta reçetesiz de satılabilen ilaçlar bakımından ilgili kitlenin hem ilacı kullanan hastalar hem de sağlık profesyonelleri olarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmektedir[56].

Ortalama tüketicinin dikkat düzeyinin belirlenmesinde bir diğer kıstas, *mal/hizmetin niteliğidir.* Bazı ürünler özel bir tüketici çevresine sahip olmasalar da tüketiciler bunları satın alırken daha fazla dikkat ve özen gösterebilir. Diğer bir değişle müşterilerin düzenli olarak satın almadıkları bir mal söz konusu olduğunda alım sürecindeki dikkatlerinin normalde gösterdikleri dikkatten yüksek olduğu kabul edilir. Özellikle yüksek fiyatlı ürünler bakımından durum böyledir[57]. Bu tür ürünler alıcılar tarafından özenle araştırılmakta, denenmekte ve satın alma kararı daha sonra verilmektedir[58]. Bilinçli bir tüketicinin dürtüsel olarak markanın genel görünüşü ve yarattığı genel izlenimden etkilenerek karar vermekten ziyade, daha bilinçli bir satın alma kararı vermek adına daha fazla zaman ve zihinsel enerji harcaması beklenir. Bu çerçevede bir tüketici ne kadar bilgili ve dikkatli olursa, markalar arasında karışıklığa düşme ihtimali de o denli az olacaktır. Bu nitelikteki mal/hizmetlere örnek olarak, "otomobiller"[59], "yatçılık ve havacılık hizmetleri"[60], "eğitim hizmetleri"[61], "resim fırça ve boyaları"[62], "duyma engelliler için üretilen işitme cihazları"[63] verilebilir.

---

54 GC, 08.07.2020, T-697/19, parag 19. Önceki marka genel müşteriye hitap ediyor ancak itiraz edilen marka sadece profesyonellere hitap ediyorsa veya bunun tam tersi söz konusuyla sadece profesyonellerin dikkate alınacağı yönünde GC, 24.05.2011, T-408/09, parag 38-39.

55 UKIPO, 26.09.2016, O/448/16, parag 42.

56 CJEU, 06.04.2007, C-412/05, parag 52-63. Aynı yönde bkz CFI, 13.02.2007, T-256/04, parag 44-45.Aynı yönde bkz Yargıtay 11. HD, 04.02.2019, E 2019/30, K 2019/799. Öte yandan reçetesiz ilaçlarda hastaların dikkat seviyesinin esas alınması gerektiği yönünde bkz Yargıtay 11. HD, 11.09.2018, E 2016/14391, K 2018/5199. Buna karşılık Yargıtay ilaçların reçeteli olması durumunda dikkat düzeyinin yüksek olduğunu kabul etmektedir (Yargıtay 11. HD, 24.05.2023, E 2022/40, K 2023/3271; Yargıtay 11. HD, 11.03.2019, E 2017/5455, K 2019/2002; Yargıtay 11. HD, 11.11.2019, E 2019/255, K 2019/7023; Yargıtay 11. HD, 11.12.2018, E 2017/2591, K 2018/7813; Yargıtay 11. HD, 16.04.2018, E 2016/10643, K 2018/2757; Yargıtay 11. HD, 29.11.2018, E 2017/1905, K 2018/7507; Yargıtay 11. HD, 08.03.2017 E 2015/13592, K 2017/1394; Yargıtay 11. HD, 21.02.2017 E 2015/12552, K 2017/994; Yargıtay 11. HD, 23.11.2016, E 2015/11806, K 2016/8989). Aynı yönde bkz CFI, 17.10.2006, T-483/04, parag 79. İlaç markalarında karıştırma ihtimali değerlendirmesi için ayrıca bkz Yasaman, Ayoğlu, Yusufoğlu Bilgin, Memiş Kartal, Yüksel ve Yasaman (n 41) 958-959. İlaç markalarına ilişkin detaylı bir inceleme için bkz Selçuk Öztek, 'İlaç Markaları' (2004) 4 Kazancı Dergisi 66, 66 vd.

57 CJEU, 22.06.1999, C-342/97, parag 27.

58 Dirikkan (2) 190.

59 GC, 22.03.2011, T-486/07, parag 31, 38 ve 46. Karara ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz Emre Kurt, *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Seçkin, İstanbul 2020) 101.

60 Yargıtay 11. HD, 26.05.2014, E 2014/3051, K 2014/9713.

61 Yargıtay 11. HD, 15.03.2017, E 2015/13554, K 2017/1523.

62 Yargıtay 11. HD, 29.04.1999, E 1998/8415, K 1999/3351.

63 Küçükali (n 41) 123.

Öte yandan genel olarak halka hitap eden ve fakat istisnai olarak yüksek bedeli olan ürün/hizmetler bakımından da aranan dikkat düzeyi daha yüksek olacaktır. Nitekim AB Genel Mahkemesi'nin giyim ürünlerini konu alan *New York Ltd* kararında da haklı olarak ifade ettiği üzere, giyim sektörü kalite ve fiyatta geniş ölçüde çeşitlilik göstermekte olup, tüketicilerin belirli bir ürün veya kıyafetler bakımından marka seçiminde daha dikkatli davranması olasıdır. Dolayısıyla sektördeki tüm ürünler bakımından asgari düzeyde dikkat beklenmesi yönündeki bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün değildir[64]. Diğer bir ifadeyle, ürün bedelinin yüksek olması tüketiciden beklenen dikkat düzeyini yükselten bir kriterdir. Fiyatın yanı sıra satın alma işleminin uzunluğu ve karmaşıklığı, satın alma sıklığı, tüketicinin ait olduğu sosyo ekonomik grup, kişisel bağlar ve ürünün kullanım amacı gibi faktörler de tüketicinin dikkat seviyesini belirlemede etkili olabilmektedir[65].

Tüm bu bilgiler ışığında ortalama tüketici ölçütünün objektif olarak tespiti için uygun bir tanım yapmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir. Nitekim konuya ilişkin içtihatlarda bir yandan ortalama tüketici makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kimse olarak tanımlanmakta, ancak aynı zamanda tüketicinin bir ürünü eksik ya da kusurlu olarak algılayabileceği ve hatta ürünün bazı özelliklerine dikkat bile etmeyebileceği kabul edilmektedir. Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki tüketicinin belirli bir ürün/hizmete ilişkin dikkat düzeyi çoğu zaman bu ürün/hizmete ilişkin bilgisiyle, söz konusu ürün/hizmete aşina olup olmadığıyla da bağlantılıdır[66]. Dolayısıyla her durumda tüketicinin makul düzeyde dikkatli ve ihtiyatlı olması gerektiği varsayımı hatalı olacaktır.

## IV. Benzer Kavramlarla Karşılaştırma

### A. Bilgilenmiş kullanıcı

Marka hukukunda geçerli olan ortalama tüketici ölçütünün anlaşılabilmesi bakımından benzer kavramlarla karşılaştırılması faydalı olabilir. Nitekim tasarım hukukunda dikkate alınan bilgilenmiş kullanıcı bunlardan biridir.

Bir tasarımın SMK kapsamında korunabilmesi yeni ve ayırt edici olması şartlarına bağlıdır (SMK m 56/1). Ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde "bilgilenmiş kullanıcı" ölçüt alınmaktadır (SMK m 56/5)[67]. Dolayısıyla tasarım hukuku bağlamında

[64] CFI, 26.11.2008, T-435/07, parag 43.

[65] CJEU, 22.06.1999, C-342/97, para 27. Konuya ilişkin ayrıca bkz Glenn L Christensen, Eric D DeRosia ve Thomas R Lee, 'Sophistication, Bridging the Gap, and the Likelihood of Confusion: An Empirical and Theoretical Analysis' (2008) 98 TMR 913, 918. Marka sadakatinin yüksek olduğu elli yaş ve üstü tüketici grubunun parekande satıştaki ürün markalarına kuşkuyla baktığı yönünde bkz Küçükali (n 41) 119.

[66] Laura R Bradford, 'Emotion, Dilution and the Trademark Consumer' (2008) 23 Berkeley Technology Law Journal 1227, 1268.

[67] Nihal Koşer, 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' (2012) 12(1) İnönü University Law Review 380 (Tasarım Hukuku), 381.

özgünlüğün ve koruma hakkının belirlenmesi açısından bilgilenmiş kullanıcıların perspektifi dikkate alınır. Ancak ne Türk ne de mehaz AB düzenlemelerinde bu kavrama ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Doktrinde bilgilenmiş kullanıcı "*tasarımı kullanarak bilgi sahibi olmuş, tasarımı tanıyan, deneyim sahibi kullanıcı*" olarak tanımlanmaktadır[68]. Bu çerçevede bilgilenmiş kullanıcı, tasarımın özgünlüğünü değerlendiren kişi veya kişiler olup, genellikle tasarımın ilgili sektöründe deneyime sahiptirler. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının gözden kaçırabileceği ayrıntıları fark eder; ancak bir tasarımcı kadar da bilgi birikimine sahip olmadığından ayrıntılarla ilgilenmez[69].

Bilgilenmiş kullanıcıdan beklenen dikkat ve bilgi düzeyi, SMK'nın 56. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin gerekçede "*Ayırt edici niteliğin belirlenmesinde ve tasarımların karşılaştırılmasında ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde, ürün hakkında temel bilgilere sahip bir kişinin yapacağı değerlendirme anlaşılmalıdır"* şeklinde belirtilmiştir.

ABAD de konuya ilişkin birçok kararında "bilgilenmiş olma hali"nin "*…tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip ve tüm bunların sonucu olarak da kullanım sırasında yüksek dikkat seviyesi gösterme halini…"* ifade ettiğini belirtmiştir[70]. Yine Mahkeme bilgilenmiş kullanıcı ile ortalama tüketici ve teknik alanda uzman arasındaki farka da değindiği *Pepsico* kararında bilgilenmiş kullanıcıya ilişkin kapsamlı bir tanım yapmıştır. Hükme göre *"Bilgilenmiş kullanıcı kavramı marka hukukundaki belirli bir düzeyde bilgi sahibi olması beklenmeyen ve kural olarak çatışan markalar arasında doğrudan karşılaştırma yapmayan ortalama tüketici ile patent hukukundaki ayrıntılı teknik uzmanlığa sahip sektörel uzman arasında bir yerde durmaktadır. Bu nedenle, bilgili kullanıcı kavramı, ortalama bilgiye sahip bir kullanıcıyı değil, kişisel deneyimi veya söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcıya karşılık gelmektedir"*[71]-[72].

---

[68] Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012) 677.Bir diğer tanım "*ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcı*" şeklindedir [Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 392].

[69] Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 345. Bir yedek parça bakımından bilgilenmiş kullanıcı tamirci iken bir temizlik ürünü bakımından ev hanımı olabilir [Ayhan Rıza, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet, Ankara 2021) 176]. Öte yandan tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesinin "bilgilenmiş kullanıcıdan" ziyade uzman niteliğinde sayılabilecek bilirkişiler tarafından gerçekleştirildiği kararlar bulunmaktadır. Yargıtay HGK, 06.06.2018, E 2017/11-99, K 2018/1173; Yargıtay HGK, 16.09.2015, E 2013/11-2376, K 2015/1762; Yargıtay 11 HD, 16.12.2019, E 2019/1766, K 2019/8164; Yargıtay 11. HD, 24.09.2018, E 2016/14497, K 2018/5594.

[70] CJEU, 20.10.2011, C-281/10, parag 59; GC, 21.11.2013, T-337/12, parag 23; GC, 16.06.2011, T-68/10, parag 51; GC, 20.06.2010, T-153/08, parag 47.

[71] CJEU, 20.10.2011, C-281/10, parag 53. Aynı yönde bkz GC, 13.06.2017, T-9/15; GC, 13.06.2017, T-9/15, parag 81.

[72] AB'de tasarım hukukunda ortak bir rejim oluşturma çabasının bir ürünü olan 1991 tarihli Komisyon Önerisi'nde tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesinin ilgili ürünlerin olağan tüketicisi *(ordinary consumer)* tarafından yapılacağı belirtilmiş ise de 1993 tarihli teklifte bu ifade "bilgilenmiş kullanıcı" *(informed user)* olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinin bilgilenmiş kullanıcının olağan bir tüketicinin dikkatinden kaçabilecek farklılıkları bulabilecek düzeyde bilgi ve deneyim sahibi olması oluşturmaktadır. Bkz 1993 EC Commission Proposal, 12, 15-16. Ayrıca bkz Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 382.

Ortalama tüketici ise makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli kişidir[73]. Bu çerçevede ortalama tüketicinin markanın üzerinde bulunduğu ürün/hizmete ilişkin özel bir bilgi, deneyim veya yüksek bir dikkat sahibi olması aranmaz. Tüketiciler nadiren iki işareti yan yana getirme fırsatına sahip olduklarından, karar vermek için kusurlu hafızalarına güvenme eğilimindedirler[74]. Bu da ortalama tüketicinin önemsiz detaylardan ziyade ürünlerin baskın ve ayırt edici bileşenleri ile ilgilendikleri anlamına gelmektedir.

Bu çerçevede bilgilenmiş kullanıcı ile ortalama tüketici arasındaki farklılıkları iki başlık altında toplamak mümkündür. İlk olarak bilgilenmiş kullanıcılar, ilgili sektörde genellikle daha fazla deneyime ve bilgiye sahip kişilerdir. Bilgilenmiş kullanıcıların, ilgili sektördeki güncel trendleri, standartları ve pratiği bildikleri kabul edilir. Oysa ortalama tüketici, ilgili sektördeki uzmanlık düzeyine sahip olmayan ve genellikle daha az bilgiye sahip olan tipik bir tüketiciyi temsil eder. Diğeri ise esas alınması gereken dikkat düzeyine ilişkin olup, bilgilenmiş kullanıcılar, bir tasarımın özgünlüğünü veya başka bir özelliğini daha ayrıntılı bir şekilde değerlendirebilirler. Oysa ortalama tüketici, tasarımı daha yüzeysel bir şekilde değerlendirebilir ve belki de tasarımın özgünlüğünü veya ayrıntılarını görmekte zorlanabilir.

### B. Teknik Alanda Uzman Kişi

Ortalama tüketici ile benzerlik teşkil eden bir diğer kavram patent hukukunda geçerli olan "teknik alanda uzman kişi" kavramıdır. SMK m 82 uyarınca "*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir.*" Buluş basamağı şartının değerlendirilmesinde teknik alanda uzman kişinin görüşü dikkate alınır. Nitekim SMK m 83/4 uyarınca "*Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir.*" Aynı hükmün gerekçesinde "teknik alanda uzman kimse" ile *"tekniğin ilgili alanında genel bilgiye sahip ve tekniğin bilinen durumundaki her şeye erişebilen, rutin araştırma ve uygulamaları yapabilme kapasitesine sahip, buluş yapma yeteneği olmayan dikkatli bir uygulayıcı"*nın kastedildiği ifade edilmektedir. AB Patent İnceleme Kılavuzu'nda ise "ilgili teknik alanda ortalama bilgi ve beceriye sahip, söz konusu tarih itibariyle alanda mevcut bilgi ve teknikten haberdar bir uygulamacı" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir[75].

[73] Bkz (n 27).

[74] Bkz (n 30).

[75] EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, 20.03.2024 (EUIPO Patent Guidelines), Part G, Chapter 7.

Patent korumasının kazanılması bakımından belirleyici olan "teknik alanda uzman kişi"[76] ölçütü, özellikleri itibariyle birden fazla noktada ortalama tüketiciden farklılaşmaktadır. Öncelikle teknik alanda uzman kişinin bilgi düzeyi ortalama tüketiciden beklenenin çok üzerindedir. Zira buluş basamağına ilişkin değerlendirme "tekniğin bilinen durumu" kapsamında gerçekleştirilmektedir. SMK m 82/3 uyarınca tekniğin bilinen durumu ile kastedilen, patent başvurusundan önce, dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir şekilde açıklanmış ve toplumca erişilebilir olan bilgilerdir. Dolayısıyla teknik alanda uzmanın genel bilgi ve dikkat düzeyi, uyuşmazlığa konu markalar arasında detaylı bir inceleme ve karşılaştırma yapması beklenmeyen ortalama tüketiciden çok daha fazladır.

Öte yandan tekniğin bilinen durumunun aşılması, patent konusu buluşun aşikâr olmaması şartına bağlanmaktadır (SMK m 84/4). Diğer bir ifadeyle buluş basamağının aşılması, tekniğin bilinen durumu kapsamında yapılan uygulama ile aynı çözüme kolaylıkla ulaşılıp ulaşılamayacağına göre belirlenmektedir. Dolayısıyla teknik alanda uzman bu kişinin, patent hukukundaki işlevi itibariyle, başarılı bir uygulayıcı da olması gerekir[77]. Ortalama tüketici ise markayı taşıyan ürünün potansiyel müşterisi olup, markanın yaratım sürecine ilişkin bilgi ve deneyime sahip değildir[78].

Son olarak; uzman kişi ilgili buluşu bir bütün olarak değerlendirmekle birlikte; oluşumunda etkili unsurları da ayrıca inceleme konusu yapmaktadır[79]. Ortalama tüketicinin ise markaların bir bütün olarak bıraktığı izlenim çerçevesinde bir değerlendirme yapması yeterlidir.

## V. Ölçüte Eleştirel Bir Bakış

Geleneksel hukukun ve ekonominin temel bir varsayımı, pazarın tüketicilere ürün bilgisi sağlamakta iyi olduğu ve insanların bilgi sahibi olduklarında kendi kazançları için akılcı bir şekilde hareket edeceği şeklindedir[80]. Bu çerçevede ortalama tüketici de makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli olan varsayımsal bir birey olarak modellenmektedir. Dolayısıyla tescil veya ihlal davası aşamasında gerçek anlamda tüketici davranışlarını ölçümleyen ampirik deneylerden

[76] SMK m 83/4 gerekçesinde "teknik alanda uzman" ifadesi geçmekle beraber mehaz Avrupa Patent Sözleşmesi'nde (RG 12.07.2000/24107 mük) (m 56) "meslek erbabı" anlamına gelen "*skilled person*" ifadesi yer almaktadır. Uzman, buluşu yapan kimse iken, meslek erbabı, buluşu uygulayan (tekniker, ortalama mühendis gibi) daha alt düzeyde bilgiye sahip olan kişilerdir [Fülürya Yusufoğlu, *Patent Verilebilirlik Şartları* (İstanbul 2014) 278 vd]. Buluş basamağının aşılmasında teknik alanda uzman değil, meslek erbabının tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde buluşun çıkarılamamasının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 274. İlgili alanda uzman kişinin en az TÜRKPATENT'in incelemede görev verdiği bilirkişi düzeyinde olması gerektiği yönünde bkz Yargıtay 11.HD., 28.01.1999, E 1998/5842, K 1999/173. Kararın belli nitelikleri olan farazi bir uzman olarak yorumlanması ve "teknik alanda uzman"ın bir dahi olmasa da teknik alanda faal olan ve gelişmeleri takip eden uzman olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021) 133-134.

[77] EUIPO Patent Guidelines, Part G, Chapter 7.

[78] Koşer, Tasarım Hukuku (n 67) 392.

[79] Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 274.

[80] Incardona ve Poncibò (n 10) 31.

ziyade ortalama tüketici ölçütüne ilişkin varsayımlardan hareket edilmekte, doktrinel olarak belirlenmiş bazı unsurların sağlanması tescilin reddi veya ihlal iddialarını ispat etmek için yeterli kabul edilmektedir[81]. Ölçüte ilişkin bu norm-temelli yaklaşımın özünde markaların pazar yerinde gerçek kullanımlarını araştırmak yerine, kâğıt üzerinden aralarındaki benzerliği tespit etme eğilimi olduğu söylenebilir[82].

Bu noktada ilk eleştiri, ortalama tüketici ölçütünün basit bir formalistik yapı çerçevesinde şekillendirilmiş olmasıdır. Bu yaklaşımın, bireysel insan davranışının öngörülemeyen gerçeklerinden uzak olduğu gerekçesiyle yasal ve yargısal yaptırımlar için uygun olmadığı düşünülmektedir. Nitekim algı, tüketicilerin çevrelerini anlamlandırdığı yorumsal bir süreç olup, genel düşüncenin aksine pasif değildir; insanlar çevrelerini objektif olarak görmez ve duymazlar[83].

Gerçekten de işaretlerin iliştirildiği ürünlerin kökenini belirlemek karmaşık ve yoğun bir bilişsel aktivitedir. Tüketicilerin, tabelalarla ilgili olarak ellerindeki tüm bilgileri toplaması ve kavraması, geçmiş satın alma deneyimlerinin hafızasını hatırlaması ve bu bilgiler arasında ayrıntılı bir karşılaştırma yapması aranmakta ise de tüketiciler her zaman bu kadar kapsamlı ve dikkatli kararlar alamazlar[84]. Belirtmek gerekir ki insan beyni bilgiyi iki farklı modda işler: Birinci mod, düşük düzeyde kontrol ile otomatik ve hızlı bir şekilde çalışır; ikinci mod ise önemli bilişsel çabaların girdilerini gerektiren bilinçli ve müzakereye dayalı bir süreçtir[85]. Ne kadar dikkatli veya bilgili olunursa olunsun kanıtlar, satın almaya ilişkin karar verme sürecinin sıklıkla, bilinçli yetilerin devreye girmesinden önce milisaniyeler içinde tamamlandığını ve daha fazla düşünmek yerine sezgisel ve otomatik muhakeme gücüyle daha fazla ikna olma eğiliminde olunduğunu göstermektedir[86].

---

81 Graeme B Dinwoodie ve Dev Saif Gangjee 'The Image of the Consumer in European Trade Mark Law' içinde D Leczykiewicz and S Weatherill (eds) *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2015) 23. Ayrıca bkz R Morgan 'Ensuring Greater Legal Certainty in OHIM Decision-Taking by Abandoning Legal Formalism' (2012) 7 JIPLP 408.

82 Xiao (n 11) 562.Ortalama tüketici ölçütünün tüketicinin korunması ile serbest ticaret veya tek bir iç pazarda malların serbest dolaşımı arasında gidip gelen, rekabet halindeki çıkarları dengeleyen bir araç olduğu yönünde bkz CJEU, 23.10.2010, C-236 ve C- 238/08, Opinion of AG Maduro, parag 70–73 ve 101–113; CJEU, 23.10.2010, C-236 ve C- 238/08, parag 86.

83 Incardona ve Poncibò (n 10) 32-33.

84 Ortalama tüketici ölçütü, ekonomistlerin etkin pazardaki idealist rasyonel tüketici modelini yansıtır. Nitekim neo-klasik ekonomi, tüm tüketicilerin rasyonel olduğunu, yani ellerindeki her bir seçeneğin değerini hesaplayabilecek ve ekonomik açıdan en mantıklı kararı verebilecek kapasitede olduklarını varsayar [Xiao (n 11) 564]. Bunu başarmanın anahtarı, tüketicilerin tüm stratejik karar alma bilgilerine erişimini garanti altına almaktır; ancak bu, genellikle asimetrik olarak nitelendirilen bir piyasada oldukça ütopik görünmektedir. Güvenilir bilgiye sınırsız erişim olsa bile, kanıtlar tüketicilerin her zaman neo-klasik iktisadın varsaydığı gibi oransal veya fayda maksimize edici bir şekilde davranmayabileceğini göstermektedir [Christine M Jolls, C Sunstein ve Richard H Thaler, 'A Behavioral Approach to Law and Economics' (1998) 50(5) Stanford Law Review 1471, 1474-1475]. Gerçekten de, bilginin önceden gönderilme şekli tüketicilerin seçim karar stratejileri üzerinde önem taşımaktadır. (A Tversky ve D Kahneman, 'The Framing of Decisions and the Psychology of Choice' (1981) 211 Science New Series 453, 453-458. Ayrıca bkz Monika Mandl, Alexander Felfernig, Erich Teppan ve Monika Schuber, 'Consumer Decision Making in Knowledge-Based Recommendation' (2011) 37 J Intell Inf Syst 1, 18).

85 S Sloman 'Two Systems of Reasoning', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002) 379; Jonathan Evans, 'Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition' (2008) 59 Annu Rev Psychol 255, 256. Tüketicilerin marka seçimindeki davranışlarının bilimsel açıklamalarına ilişkin ayrıca bkz İlhami Güneş, 'Marka Kimliği ve Markalar' Uluslararası Sempozyumu (2014) 94(9) Terazi Hukuk Dergisi 70 (Marka Kimliği), 71

86 JA Bargh 'The Automaticity of Everyday Life', içinde RS Wyer ve JA Bargh (eds) *The Automaticity of Everyday Life: Advances in Social Cognition* (Lawrence Erlbaum Associates Inc 1997) Vol X, 1–61.

Tüketicinin seçimini yaparken duygusal faktörlerin etkisi altında kaldığı da bir gerçektir. Ticari davranış anlamında insan davranışı, bilinçli düşüncenin bir fonksiyonu olmaktan çok, bilinçaltı faktörler tarafından kontrol edilir[87]. Diğer bir ifadeyle, tüketicilerin algıladıklarının, yorumladıklarının ve tepki verdiklerinin çoğu, kendi zihinsel süreçlerinin veya davranışlarının farkında olmadan gerçekleşir. Tüketiciler, ticari davranışlarında duygularından etkilenirler. "Ruh hali uyumu (*mood congruence*)" etkisine göre, eğer tüketici iyi bir ruh hali içindeyse, ürünle ilgili iyi şeyleri hatırlamaya, ürün hakkında olumlu düşünmeye eğilimlidir, karar verirken daha hızlıdır ve ikna edilmeye daha açıktır[88].

Tüketiciler genellikle dışsal faktörlerden de etkilenmekte olup, ilgili alanda uzman olduğunu düşündükleri insanlar tarafından yapılan açıklamalara güvenmekte ve genellikle yazılı uyarıları göz ardı etmektedir[89]. Örneğin, hastalar genelde ilaç ambalajlarının üzerinde yazan açıklamalara bakmaksızın doktorlarının tavsiyelerini uygularlar. Yine tüketiciler satıcıların tavsiyelerine güvenerek de karar verebilirler. Bu gibi durumlarda tüketicinin edindiği yetersiz ve/veya yanlış bilgi objektif bilginin yerine geçerek tüketici seçimlerini önemli ölçüde etkileyebilmektedir.

Bir ürün/hizmetin algılanması ve yorumlanmasında tüketicinin daha önceki tecrübe ve deneyimleri de belirleyicidir. Uzun-dönem hafızalarında saklanmış bilgiler olmadan insanlar günlük bazda karşılaştıkları nesnelerin ve durumların tümünü algılayamazlar. Tüketiciler, ürünler hakkında geçmiş bilgilerine dayanan çıkarımlar yaparlar ve bir karara varmak için sezgisel yöntemler veya yaklaşık hesaplar ("*rules of thumb*") benimserler[90]. Sahip olabilecekleri daha tatmin edici başka bir ürünün olabileceğini bilseler dahi, geçmişte onlara yeterli olduğunu ispat etmiş bir ürünü satın alırlar.

Tüketiciler ürünleri işlevsel değerleri için alabilecekleri gibi, sosyal etkiler sebebiyle de belirli ürün/hizmete yönelebilirler[91]. Birçok insan, ürünleri sembolik değerleri için ve belli bir ürüne sahip olmanın getirdiği sosyal statü sebebiyle satın alır[92]. Örneğin pek çok insan, demode araba kullandıklarında saygınlıklarını yitireceklerini düşünür. Pazarlarda böylesi statü ürünleri için tüketicilerin tercihleri, belli başka tüketicilerin görünür satın alma davranışlarıyla belirlenir[93]. Her

87 Daniel Kahneman ve Shane Frederick, 'Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002) 53–56.

88 Georgios A Bakamitsos ve George J Siomkos, 'Context Effects in Marketing Practice: The Case of Mood' (2004) 3(4) Journal of Consumer Behaviour 304, 306.

89 Colin Scott ve Julia Black, *Cranston's Consumers and the Law* (Butterworths, 2000) 291.

90 Incardona ve Poncibo (n 10) 32.

91 Morris B Holbrook ve Elizabeth C Hirschman, 'The Experiential Aspects of Consumption: Consumer Fantasies, Feelings and Fun' (1982) 9(2) Journal of Consumer Research 132, 132–140; RW Olshavsky ve HD Granbois, 'Consumer Decision-making – Fact or Fiction?' (1979) 6 Journal of Consumer Research 93, 93-100

92 Jacob Jacoby, 'Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory' (2000). NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 00-09, 28-29.

93 Incardona ve Poncibò (n 10) 33.

tüketicinin eğilimi neyi moda olarak varsaydığıyla, beğendiğiyle ve yaşam tarzına öykündüğü diğer tüketicilerin satın alma davranışlarının gözlemlenmesiyle önemli ölçüde şekillenir. Nitekim pazarlamacılar da reklâmlarında ünlü insanları kullanarak tüketicileri bu yolla etkilemeye çalışırlar.

Tüketicilerin satın alma kararında bilgiye yaklaşımları daha başka koşullara göre de değişebilir. Aynı tüketici, pahalı dayanıklı teknik bir ürün, sağlık sorunları yaratan gıda ürünleri veya daha önce tecrübe etmediği yeni bir ürünü alırken, rutin alışverişlerinde davrandığından daha farklı davranmaya eğilimlidir.

Ölçüte ilişkin bir diğer eleştiri, ortalama tüketicinin üzerine yapılandırıldığı teorik temellerin sağlam olmadığına ilişkindir. Zira modern marka kültürü tüketici kitlesinde heterojenliği artırmakta ve ortalama tüketicinin standart bir yapıya sıkıştırılmasını mümkün kılmamaktadır. Nitekim pazarlama ekseninde bakıldığında, tüketiciler heterojen olarak ele alınmakta ve bireysel markalar genellikle pazarın belirli segmentleri için dikkatlice analiz edilmektedir[94]. Pazarın bölümlendirilmesi, hedefleme ve konumlandırma modern pazarlama stratejisinde önemli bir rol oynamaktadır[95]. Gerçekten de her tüketici grubunun veya pazar bölümünün belirli beklentileri vardır ve pazarlamacıların hedeflenen bölümün ihtiyaçlarını karşılayan markalar geliştirmeleri beklenmektedir[96]. Aynı ürün çok çeşitli tüketiciler tarafından kullanılabilecek olsa da marka varsayımsal bir ortalama tüketiciye değil, yalnızca belirli bir pazar segmentine yönelik olabilir. Öte yandan bir markanın yaratılması marka sahibi yönünden tek yönlü bir husus olmayıp, tüketicilerin markaya ilişkin beklenti ve düşüncelerinin de dikkate alındığı diyalektik bir süreçtir[97]. Diğer bir ifadeyle, markalar farklı tüketici topluluklarının zihninde farklı şekilde konumlanırlar.

Yine, cinsiyet, yaş veya eğitim farklılıklarının ürün ve marka seçimindeki dikkat ve özen düzeyini farklılaştırdığı tespit edilmiştir[98]. Öte yandan tüketicilerin önceki dönemlere kıyasen online alışverişe gösterdikleri ilgi, ortalama tüketiciden beklenen dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyini de etkileyecek niteliktedir.

Bu gerekçeler göstermektedir ki sıradan bir tüketiciden her karar alması gerektiğinde, "bilgi modelinde" ve ortalama tüketici standardında kabul edildiği haliyle, kapsamlı, çok-boyutlu bir avantaj-dezavantaj analizi yapmasını beklemek

---

94 DA Aaker ve E Joachimsthaler, *Brand Leadership* (The Free Press 2000) 61–62; Kevin Drawbaugh, *Brands in the Balance: Meeting the Challenges of Commercial Identity* (Reuters 2001) 10.

95 S Dibb and L Simkin 'Targeting, Segments and Positioning' (1991) 9 International Journal of Retail & Distribution Management 4.

96 Xiao (n 11) 563.

97 D Gangjee, 'Property in Brands: The Commodification of Conversation' içinde H Howe ve J Griffiths (eds) *Property Concepts in Intellectual Property Law* (CUP 2013); John Rossiter ve Steve Bellman, 'Emotional Branding Pays Off ' (2012) 52(3) Journal of Advertising Research 291-296.

98 Konuya ilişkin bir araştırma için bkz Serdar Çifçi ve Ruziye Cop, 'Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma' (2007) 44 Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 69, 85.

gerçek dışıdır. Ortalama tüketici ölçütünün normatif bir yaklaşımla kaleme alınması, bir yandan hukuki netliğin sağlanmasına bir ölçüde hizmet ederken, diğer yandan ilgili somut olayın hukuki ve ekonomik yanlarını dikkate alan esnek bir yaklaşıma engel teşkil eder[99]. Sonuç olarak, ortalama tüketici ölçütünün gerçek dünyadaki bireysel tüketici davranışını dikkate almadığı ve karıştırma ihtimalinin değerlendirilmesinde tüketiciler için talepkâr standartlar yarattığı ve söz konusu ölçütün gerçekçi bir şekilde yeniden yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir.

## VI. Çözüm Önerileri

Ortalama tüketici ölçütüne ilişkin mevcut içtihatlar bir ölçüye kadar yol gösterici ise de kavramın somut olay bazında sübjektif bir şekilde değerlendirilmesi içtihat birliğinin sağlanmasına engel teşkil etmektedir. Nitekim gerçek şudur ki, mahkemeler genellikle varsayımsal tüketicinin nasıl tepki vereceğine ilişkin kararlarını kendi kişisel izlenimlerine dayandırmaktadır[100]. Ortalama tüketici için getirilen "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli" olma kriterinin gerçek dünyada tüketici algısını belirlemede yeterli olmadığı bir önceki başlık altında ortaya koyulmuştur. Ölçütün, daha gerçekçi bir şekilde yeniden yorumlanmasına duyulan ihtiyaç ortadadır. Bu noktada gerçek dünyadaki bireysel tüketici davranışıyla az çok benzeşen ve tüketici algısının nesnel, bilimsel ve bu çerçevede daha gerçekçi bir biçimde tespit edilebilmesi için hangi vasıtalara başvurulabileceği üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Ortalama tüketicinin uyuşmazlık konusu işaretleri global olarak değerlendirdiği kabul edilmektedir. Nitekim *Sabel* davasında ABAD bu konuya ilişkin şöyle demektedir: Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi "*çok sayıda unsura ve özellikle de markanın piyasadaki tanınırlığına, kullanılan veya tescilli işaretle yapılabilecek ilişkilendirmeye, marka ile işaret ve tanımlanan mal veya hizmetler arasındaki benzerlik derecesine bağlıdır"*[101]. Bu nedenle, karıştırılma ihtimali, davanın koşullarıyla ilgili tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmektedir. 2015/2426 sayılı Direktif'in 11 numaralı genel gerekçesinde de marka hukukunun Birlik çapında uyumlaştırılmasının önemi kabul edilmekle beraber, karıştırılma ihtimalinin hangi yollarla tespit edilebileceğinin ve özellikle de ispat yükümlülüğünün ulusal usul kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğine işaret edilmektedir.

---

[99] Dinwoodie ve Gangjee (n 81) 28; Graeme B Dinwoodie, 'The Europeanisation of Trade Mark Law', içinde A Ohly ve J Pila (eds) *The Europeanisation of Intellectual Property Law* (Oxford University Press 2013) 94–95.

[100] Kimberlee Gai Weatherall, 'The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law' (2017) 80 MLR 57, 80. Ayrıca bkz Dirk JG Visser, 'Beslissen in IE-zaken. Verslag van een Veldonderzoek' (2008) 31 NJB 1918;
Xiao (n 11) 560

[101] CJEU, 11.11.1997, C-251/95, parag 22–25.

Karıştırılma ihtimalinin global olarak ilgili tüm faktörler dikkate alınarak değerlendirilmesi yönündeki yaklaşım ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde de gerekli esnekliği sağlamaya yardımcıdır. Bu çerçevede ilk öneri, ortalama tüketici ölçütünün disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınması ve bu bağlamda özellikle davranış bilimlerinin verilerinden yararlanılmasıdır. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere ortalama tüketicinin algıları ürüne bağlıdır ve ürünle, ürünün kullanımıyla, sunumuyla ve ulaşılabilirliğiyle değişiklik gösterebilir. Bu sebeple tüketici algısının sadece marka hukuku boyutuyla düşünülmesi, konuya ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun kararlar verilmesine engel teşkil etmektedir. Bu bağlamda uyuşmazlığın çözümünde özellikle davranış bilimleri alanında uzman kişilere başvurulması bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim ABAD *Scotch Whisky Association* davasında, ulusal mahkemelerin uygunluk incelemesinde en yeni bilimsel kanıtları araştırmasını şart koşarak ortalama tüketici algısının tespitinde disiplinler arası bir yaklaşımın kapısını aralamıştır[102]. Bu sayede ortalama tüketici ölçütünün durumsal ve dinamik[103] yapısının ortaya çıkardığı belirsizlikler azaltılabilir[104]. Bilişsel psikolojinin ve davranış bilimlerinin bulguları, daha deneysel araştırmayla birlikte, yalnızca ticari uygulamalar çerçevesinde ortalama tüketiciyi daha iyi tanımlamaya yardım etmekle kalmaz, aynı zamanda tüketici politikasını daha etkin olarak şekillendirmeye yardımcı olur.

İkinci öneri, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde "fiili kullanım"ın (*actual use*) ilgili bir faktör olarak dikkate alınmasıdır. Şu bir gerçektir ki, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici unsur uyuşmazlık konusu markaların ayırt ediciliğidir[105]. İçtihat hukukundaki bu yaklaşımın karşıtı bir düşünce ileri sürülmemektedir. Önerilen, fiili karışıklığın da global değerlendirmede dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bu şekilde karıştırılma ihtimali değerlendirmesine

[102] CJEU, 23.12.2015, Case C-333/14, parag 102, 103. Konuya ilişkin detaylı bir değerlendirme için ayrıca bkz Alberto Alemanno, 'Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky' (2016) 53 CMLR 1037;

[103] Tüketicilerin değişmeyen, tutarlı, homojen bir grup olmadıkları yönünde bkz Aksoy (n 15) 291.

[104] Davranışsal iç görülerin soyut düzeyde dahil edilmesinin uygun bir çözüm olmadığı çünkü gerçek dünyanın deneysel dünyadan farklı olduğunu ve davranışsal iç görülerin bağlama özgü olduğu ve genellemelere izin vermediği yönünde bkz Jeffrey Rachlinski, 'New Law and Psychology: a Reply to Critics, Sceptics, and Cautious Supporters' (2000) 85 Cornell Law Review 739.Ayrıca bkz Richard Posner, 'Rational Choice, Behavioural Economics, and the Law' (1998) 50 Stanford Law Review 1551; Michael Faure ve Hanneke Luth, 'Behavioural Economics in Unfair Contract Terms – Cautions and Considerations' (2011) 34 Journal of Consumer Policy 337

[105] Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici faktörün, ayırt edicilik olduğu, bunun yanı sıra mal/hizmetler arasında benzerlik ve davalının niyeti faktörlerinin de ikinci planda önemli olduğu yönünde Barton Beebe, 'An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement' (2006) 94 California Law Review 1581, 1641. Aynı yönde bkz Fhima ve Denvir (n 41) 338; Vicki Huang, Kimberlee Weatherall ve Elizabeth Webster, 'The Use of Survey Evidence in Australian Trade Mark and Passing Off Cases', içinde Andrew T Kenyon, Ng-Loy Wee Loon ve Megan Richardson (eds), *The Law of Reputation and Brands in the Asia Pacific* (CUP 2012) 199, 197. Yine AB'de 2009-2012 yılları arasında verilen genel mahkeme kararları dikkate alınarak yapılan bir çalışmada, ayırt edicilik unsurunun (bağımsız bir faktör olarak değil, daha ziyade işaretlerin benzerliğinin değerlendirilmesinde kilit bir alt unsur olarak) ortalama tüketici kitlesi değerlendirmesinin sonucu üzerinde ihmal edilemez bir etkiye sahip olabileceği bulunmuştur [Ilanah Fhima, 'Introducing Reality into Trade Mark Law' (2014) 9 JIPLP 684]. Benzer şekilde, *Anemaet* çalışmasında oldukça ayırt edici bir markanın marka sahibinin konumunu güçlendirdiğini tespit etmiştir. [Anemaet (n 28) 1008-1026]. Konuya ilişkin önceki araştırmalar için ayrıca bkz Anemaet (n 28) 1011-1012.

ekstra bir faktör eklenerek, ihlal davasında karşı karşıya gelen taraflar arasındaki çıkar dengesinin hakkaniyete uygun şekilde tesis edilmesi sağlanabilir.

*Specsavers* davasında ABAD'ye, uyuşmazlık konusu markanın fiili kullanımının karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde ilgili bir faktör olarak dikkate alınıp alınmayacağı sorusu yönelmiştir. Mahkeme davacının tescilli markasının pazarda fiilen kullanılma şeklinin, ortalama tüketicinin imajını resmetmede işaretlerin karşılaştırılmasının bir parçasını oluşturması gerektiğini ifade etmiştir[106]. Bu davada, davacı Specsavers, iki ovalden oluşan figüratif işareti için herhangi bir renk talebinde bulunmamış, ancak işaret pazarlanan ortamda sürekli olarak yeşilin belirli bir tonunda kullanılmıştır. Kararda, markanın daha sonra kullanıldığı renk veya renk kombinasyonunun, söz konusu malların ortalama tüketicisinin markayı nasıl algıladığını etkilediği ölçüde, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiğine karar verilmiştir[107]. *Specsavers* kararı, mahkemelerin sadece sonraki markaya bakmakla yetinmeyip önceki markanın fiili kullanımına da dikkate alması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Markanın fiili kullanımı, karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğu yönünde bir değerlendirmeyi destekleyebilir. Nitekim AB hukukunda temel yaklaşım bu yöndedir. ABAD nezdinde görülen *Colloseum v Levi Strauss* davasında, davacı Levis Strauss iki marka tescil ettirmiştir: Bunlardan ilki, Levis kelimesini içeren kırmızı bir etiket ile bir kot pantolonun cebinden oluşmakta iken; diğeri, kırmızı etiketin üzerinde herhangi bir kelime bulunmaması dışında tamamen aynı unsurlardan oluşmaktaydı. Colloseum, sağ arka cebin dış sağ dikişinin üst kısmına dikilmiş küçük dikdörtgen kırmızı kumaş etiketler içeren kot pantolonlar sattığı için marka ihlali ile suçlanmış, karşı dava açmış ve davacı sadece Levis etiketli kot pantolonlar ürettiği ve fakat fiili kullanımının mevcut olmadığı gerekçesiyle ikinci markanın iptalini savunmuştur. ABAD, tescilli bir markanın, ayırt edici hale gelmesi, yani ilgili tüketici kitlesinin zihninde, ilgili olduğu malların belirli bir teşebbüsten kaynaklandığını belirlemeye hizmet etmesi koşuluyla, ortak bir markanın parçası olarak veya başka bir marka ile birlikte kullanılması durumunda filli bir kullanımın mevcut olduğunu ifade ederek somut olayda karıştırılma ihtimali bulunduğuna karar vermiştir[108].

Öte yandan, fiili kullanım faktörünün karıştırılma ihtimali bulgusunu desteklemediği durumlar da söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda kullanılmayan

---

[106] CJEU, 18.07.2013, C-252/12, parag 37, 96
Ayrıca bkz CJEU, 12.06.2008, C-533/06, parag 67.

[107] Aynı yönde bkz CJEU, 18.07.2013, C-252/12, parag 96."Dolayısıyla, siyah beyaz olarak tescil edilmiş bir logo, kullanım yoluyla, örneğin yeşil renkte özel ve ayırt edici bir karakter kazanmışsa, bu bana global takdir analizinde dikkate alınması gereken bir husus gibi görünmektedir"

[108] CJEU, 18.04.2013, C-12/12, parag 28. ABAD'nin burada yaptığı şey, ortalama bir tüketicinin algısını belirlemede sözsüz figüratif markanın (6 numaralı marka) etkisini bir markanın isimlendirme unsurlarıyla birleştirmek olmuştur. Ilanah Fhima, 'Trade Mark Law Meets Branding?', içinde Deven R. Desai, Ioannis Lianos ve Spencer Weber Waller (eds) *Brands, Competition Law and IP* (CUP 2015) 235.

markalar daha fazla koruma elde edecektir[109]. Bu durum, marka sahiplerini mümkün olduğunca çok sayıda markayı tescil ettirmeye ancak bunları fiilen kullanmamaya teşvik edebilir[110]. Ancak, fiili kullanımın karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alınması çoğu durumda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucunu desteklemekte olup, karıştırılma ihtimalinin azaltılması ile sonuçlandığı durumlar oldukça nadirdir. Buna ek olarak, markanın beş yıllık kullanım zorunluluğunun bulunması, bu zorunluluğa aykırılığın iptal yaptırımına tabi tutulması [SMK m 19/2, 26/1(a)] göz önüne alındığında, bağlamsal yaklaşımdan kaynaklanan bu olumsuz sonuçlar önemli ölçüde etkisiz hale getirilmektedir. Son olarak, tescil ücretlerinin veya yenileme ücretlerinin artırılmasının marka sahiplerini düşük değerli ve gerçek kullanım amaçlı olmayan markalara yatırım yapma konusunda etkili bir şekilde caydırabileceği düşünülmektedir[111].

Üçüncü öneri, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde anket ve kamuoyu araştırması delillerine dayanılmasıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta özellikle ayırt edicilik ve tanınmışlığın değerlendirilmesinde tüketici anketlerine sıklıkla başvurulmaktadır[112]. Bu yaklaşımın karıştırılma ihtimali için de benimsenmesi önünde bir engel bulunmadığı düşünülmektedir[113].

Anket ve kamuoyu araştırmalarına dayanılması hususundaki en önemli endişe kaynağı, daha güçlü olan tarafın manipülasyonuna açık olması noktasında kendini göstermektedir. Hukuk yargılamaları kapsamında, kanıt sunmak tarafların sorumluluğundadır. Anket kanıtlarının toplanması taraflar bakımından ek bir mali külfettir. Bu durum, küçük ve orta ölçekli işletmeleri dezavantajlı bir konuma sokabilir ya da daha güçlü olan tarafa, anketleri kendi çıkarlarına en uygun şekilde (genellikle yönlendirici sorular kullanarak) çerçeveleme konusunda üstünlük sağlayabilir[114].

[109] Xiao (n 11) 567.

[110] William M Landes ve Richard A Posner, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267, 280-281. Bu yazarlara göre, "ticari markaları kullanmadan tescil ettirmesine izin verilen bir firma, makul yeni marka isimleri bulmak için önemli miktarda kaynak harcayabilir. Çünkü, önerdiğimiz gibi, bu tür isimlerin mevcudiyeti çok fazla olsa bile, çok sayıda isme sahip olmak ve bu sahipliğin getireceği toplam lisans gelirleri, kaynakları marka isimleri yaratma faaliyetine çeken bir mıknatıs olacaktır ve muhtemelen bu tür bir yatırımın optimal seviyesinin ötesine geçecektir. Bunun endişe verici bir yan etkisi de marka sahibinin rakiplerinin 'bankadan satın alamayacakları için daha az verimli markaları benimsemek zorunda kalmalarıdır'.

[111] *Landes* ve *Posner*, 1988 tarihli Marka Kanunu Revizyon Yasasının uygulanmasından önce (tescil ve yenilemelerin 20 yıllık sürelerle yürürlükte kaldığı ve sonrasında (tescil ve yenileme sürelerinin 10 yıla indirildiği) marka yenileme oranındaki değişiklikler üzerine ampirik bir çalışma yürütmüş ve yenileme oranlarının yenileme ücretlerine oldukça duyarlı olduğunu bulmuştur. Bkz William M Landes ve Richard A Posner, 'Indefinitely Renewable Copyright' (2002) John M Olin Law & Economics Working Paper No 154 (2D Series). Ayrıca bkz William M Landes ve Richard A Posner, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267, 280-281.

[112] Uwe Lüken, Peter Brownlow ve Nick Aries, 'How Courts View Surveys in Trade Mark Cases' (2015) MIP

[113] Alman hukukunda anket çalışmaları ve uzman raporunun ispat aracı olarak kullanıldığı yönünde bkz Güneş, Marka Kimliği (n 85) 71). Kamuoyu bilgisinin dahil edilmesine ilişkin bkz Kurban Ünlüönen, Ahmet Battal ve Ali Yay Yüksel, 'Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği' (2007) 6(22) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1, 8-11. Ayrıca bkz Berk Karayel, 'Türk Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali Ekseninde Ortalama Tüketici Kavramı', Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 128.

[114] Kai Purnhagen, 'More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices?' (2017) 8 European Journal of Risk Regulation 437, 440.

Ancak gerek fiili kullanılma gerek karıştırma ihtimalini ispata yarayan delil vasıtaları olarak anketler ve kamuoyu araştırmaları mahkemelerin global karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alacağı[115] unsurlar olarak görülmelidir.

## VII. Sonuç

Marka hukukunda "ortalama tüketici" ölçütü, tescil işlemleri veya marka ihlali davaları sırasında, markanın hedef kitlesinin nasıl algıladığını ve nasıl davrandığını anlamak için kullanılan bir ölçüt olup, karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin yapıtaşını teşkil eder.

Ortalama tüketici, ne 6769 sayılı SMK veya SMK Yönetmelik ne Kanun'un kaynağı niteliğindeki 2015/2436 sayılı Direktif'te tanımlanmıştır. Buna karşılık gerek AB gerek Türk hukukunda farklı uygulamalara ilişkin ikincil mevzuatta ortalama tüketiciye ilişkin hukuki düzenlemeler bulunduğu tespit edilmektedir. Marka hukukundaki en temel ihlal hali olan karıştırılma ihtimali değerlendirmesindeki temel ölçütün, SMK ve/veya SMK Yönetmelik'te değil de farklı uygulamalara ilişkin ikincil düzenlemede yer almasının yerindeliği tartışılabilir. Ancak kanaatimiz, ortalama tüketiciye ilişkin bir tanım maddesinin verilmesinden kaçınılması ve somut olayın koşullarının gerektirdiği değerlendirmenin yapılabilmesine olanak veren esnekliğin yargı mercilerine sağlanması gerektiği yönündedir. Diğer bir ifadeyle ortalama tüketici algısının değişken ve dinamik yapısı çerçevesinde somut olay bazında yapılan değerlendirmelerde gereken esnekliğin sağlanabilmesi için ölçüte ilişkin bir tanım vermekten kaçınılması doğru bir yaklaşımdır. Öte yandan ölçütün değerlendirmesinde dikkate alınabilecek kriterlerin sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayıldığı bir düzenlemeye yer verilmesi içtihat netliğinin ve birliğinin sağlanması açısından faydalı olabilir.

Gerek AB gerek Türk marka mevzuatında karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde görüşü esas alınacak kişinin "halk" olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Ancak SMK m 6/1 ve 7/2-b'de ölçüt olarak kabul edilen "halk" ibaresinin, doktrin ve yargı kararlarındaki kabule paralel olarak "ortalama tüketici" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ortalama tüketici doktrinde ve yargı kararlarında makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı bir kişiyi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu çerçevede ölçüte ilişkin iki unsur tespit etmek mümkündür: Bunlar tüketici olma ve gereken bilgi,

[115] Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde en belirleyici faktörün, uyuşmazlık konusu markalar arasındaki benzerlik olduğu, bunun yanı sıra mal/hizmetler arasında benzerlik ve davalının niyeti faktörlerinin de ikinci planda önemli olduğu, buna karşılık anket delilinin mahkemenin değerlendirmesinde %20 oranında etkili olduğu yönünde bkz Beebe (n 105) 1641. Aynı yönde bkz Huang, Weatherall ve Webster (n 105) 197; Fhima ve Denvir (n 41) 338. Karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde deneysel bulguların minör düzeyde etkili olduğu yönünde bkz Anemaet (n 28) 1011-1012. Öte yandan yazar, 2006-2013 yılları arasında verilen 189 kararın incelendiği bir çalışmada anket delilinin karıştırılma ihtimali bulgusunu desteklediğine işaret etmektedir. Anemaet (n 28) 1013-1014.

dikkat ve özen düzeyidir. İlk unsura ilişkin olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m 4/1-j'deki ortalama tüketici tanımı bir ölçüde yol gösterici olup, bu bağlamda ilgili tüketici kitlesi ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişilerle sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, ortalama tüketici ilgili mal/hizmetin alıcısı, bu alanda çalışan, faaliyet gösteren, bu alan ile ilgilenen kişiler de olabilecektir. İkinci unsur bakımından kabul edilen temel kıstas, ortalama tüketicinin "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi" olmasıdır. Bu ise konuya ilişkin yargı kararlarında, dikkatsiz bir tüketicinin değil, muhtelif detayları dikkate almaksızın markayı bir bütün olarak algılayan tüketicinin referans alınması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.

Gereken bilgi, dikkat ve özen düzeyi ise somut olayın koşullarına bağlı olarak değişebilmektedir. Uygulamada ortalama tüketicinin dikkat düzeyi incelenirken mal veya hizmetin ya da veya alıcı kitlesinin niteliğine göre farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Gerçekten de belirli mal/hizmet gruplarında varsayımsal seviye daha yüksek iken, diğerlerinde ortalama düzeyde olabilir. Nitekim günlük hayatta toplumun her kesimi tarafından kullanılır nitelikte olan ürünler bakımından tüketicinin genellikle dikkatli davranmayacağı kabul edilmektedir Alıcı kitlesinin niteliği çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus markayı taşıyan ürün/hizmetlerin uzman bir kitleye hitap edip etmediğidir. Böyle bir olasılıkta özel veya uzmanlaşmış alıcı kitlesinin, ortalama dikkat ve özene sahip alıcılardan daha itinalı ve seçici davranacağı kabul edilmektedir. Yine markayı taşıyan ürün/hizmetlerin hem ortalama hem özel bir kesime hitap etmesi durumunda da esas alınan dikkat düzeyi farklı şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsamda özel kesimin dikkatinin esas alınması gerektiği yönünde olduğu gibi aksi yönde kararlar da bulunmaktadır.

Ortalama tüketici ölçütünün kapsam ve sınırlarının anlaşılabilmesi bakımından benzer kavramlarla karşılaştırılmasının da faydalı olabileceği düşünülmektedir. Tasarım hukukunda geçerli "bilgilenmiş kullanıcı" ve patent hukukunda kabul edilen "teknik alanda uzman kişi" kavramları bunlardan bazılarıdır. Ortalama tüketici, ilgili sektördeki uzmanlık düzeyine sahip olmayan ve genellikle daha az bilgiye sahip olan tipik bir tüketiciyi temsil etmekte olup, daha üst düzeyde dikkat, bilgi ve ihtiyat düzeyine sahip olması aranan bilgilenmiş kullanıcıdan ve teknik alanda uzman kimseden ayrılmaktadır.

Marka tescili ve ihlali davaları aşamalarında referans alınan ortalama tüketici kitlesi ölçütü, marka hukukuna temel olan hukuki veya politik amaçları takip eden norm temelli bir uygulamanın ürünüdür. Ortalama tüketici ölçütünün "makul seviyede bilgilendirilmiş ve makul seviyede dikkatli ve tedbirli bir kişi" olarak şekillendirilmesi karar mercilerine kolaylık sağlamakta ise de gerçekte tüketici algılarının ne şekilde yönlendiğine ilişkin bilimsel verileri dikkate almaması sebebiyle yetersizdir.

Gerçekten de genellikle tüketicilerin akılcı karar vermelerinde gerekli ve yeterli bilgiyi elde etmek ve işlemek için zaman ve kaynak tasarrufları yoktur. Tüketicilerin, soyut bir ekonomik fikri karşılayabilmek adına bilgi toplayıp işlemek için zamanlarıyla birlikte tüm zihinsel, psikolojik ve fiziksel kaynaklarını adamaları mümkün değildir. Pazarda akılcı davranması beklenen yüksek eğitim ve zekâ sahibi iyi bilgilenmiş tüketiciler bile kararlarını analitik bir işlemden çok, alışkanlık ve duygulara dayandırırlar. Kapsamlı, çok-boyutlu bilgi, tüketicilerin seçim kalitesinde önemli bir düşüşe neden olur. Farklı tipte tüketiciler farklı bilgi işleme ve algı yetilerine sahiptirler. Öte yandan gereken dikkat düzeyi bakımından alıcı kitlesinin veya mal/hizmetin niteliğine göre bazı ayrımlar yapılmakta ve bir ölçüde konuya ilişkin uyuşmazlıklarda şeffaflık sağlanabilmekte ise de elektronik ortamda alışverişin gün geçtikçe arttığı bir ekonomik düzende tüketicinin tasarım hukukundaki bilgilenmiş kullanıcı kadar olmasa da daha üst düzeyde bir bilgi ve algıya sahip olduğu da kabul edilebilir.

Bu bilgiler ışığında ortalama tüketici ölçütünün daha gerçekçi bir şekilde yeniden formüle edilmesi yadsınamaz bir gerçektir. Bu çalışma, ortalama tüketici kriterini ortadan kaldırmayı hedeflememekte ancak, ortalama tüketiciye yönelik daha ampirik temelli bir yaklaşımı benimsemenin zamanının gelmiş olabileceği görüşünü savunmaktadır. Bu yeniden modelleme sürecine ölçüte daha fazla gerçeklik katmak, ölçütün olabildiği ölçüde objektif bir şekilde yorumlanabilmesi davranış bilimleriyle hukuk bilimi arasında disiplinler arası bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Öte yandan ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde daha ampirik temelli bir yaklaşımın benimsenmesi hukukun ve piyasanın gerçeklerinden uzaklaşılmaması bakımından faydalı olacaktır. Burada önerilen, ortalama tüketici ölçütünün değerlendirilmesinde daha fazla bilimsel veriye dayanılmasıdır. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirmesinde dikkate alınan global değerlendirme yaklaşımı ampirik bulguların da değerlendirmeye dahil edilebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda filli karıştırılma ve karıştırılma ihtimalinin ispatına yarayan anket ve kamuoyu araştırmalarının dikkate alınması önerilmektedir. Bu tür ispat vasıtalarının ekonomik yönden güçlü olan tarafça kötüye kullanılması bir ihtimal olarak endişe vermekte ise de mahkemenin karıştırılma ihtimali değerlendirmesinde dikkate alacağı faktörlerden birkaçı olması sebebiyle endişe kaynağı olmaktan uzaklaşmaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography


Aaker DA ve Joachimsthaler E, *Brand Leadership* (The Free Press 2000).

Aksoy MA, '2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 279-318.

Alemanno A, 'Balancing Free Movement and Public Health: The Case of Minimum Unit Pricing of Alcohol in Scotch Whisky' (2016) 53 CMLR 1037-1063.

Anderson SP, Palma A ve Thisse JF, *Discrete Choice Theory of Product Differentiation* (MIT Press 1992).

Anemaet L,'The Fairy Tale of the Average Consumer: Why We Should Not Rely on the Real Consumer When Assessing the Likelihood of Confusion' (2020) 69 GRUR Int 1008-1026.

Arkan S, *Marka Hukuku, Cilt 1*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997).

Ayhan R, Çağlar H, Yıldız B ve İmirlioğlu D, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet, Ankara 2021).

Bahadır Z, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan Kitabevi, Ankara 2018).

Bakamitsos GA ve Siomkos GJ, 'Context Effects in Marketing Practice: The Case of Mood' (2004) 3(4) Journal of Consumer Behaviour 304-314.

Bargh JA, 'The Automaticity of Everyday Life', içinde RS Wyer ve JA Bargh (eds) *The Automaticity of Everyday Life: Advances in Social Cognition* (Lawrence Erlbaum Associates Inc 1997).

Beebe B, 'An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement' (2006) 94 California Law Review 1581-1654.

Bently L, Sherman B, Gangjee D ve Johnson P, *Intellectual Property Law* (5th edn, Oxford University Press 2018)

Bereskin DR, 'Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection', (2019) 14(3) Journal of Intellectual Property Law & Practice 223-229.

Bradford LR, 'Emotion, Dilution and the Trademark Consumer' (2008) 23 Berkeley Technology Law Journal 1227-1298.

Christensen GL, DeRosia ED ve Lee TR, 'Sophistication, Bridging the Gap, and the Likelihood of Confusion: An Empirical and Theoretical Analysis' (2008) 98 TMR 913-949.

Çifçi S ve Ruziye C, 'Marka ve Marka Yönetimi Kavramları: Üniversite Öğrencilerinin Kot Pantolon Marka Tercihlerine Yönelik Bir Araştırma' (2007) 44 Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 69-88.

Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).

Çolak U, 'Türk Marka Hukukunda Karıştırma' (2013) Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu 24-38.

Davis J, 'Locating the Average Consumer: His Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law' (2005) 2 IPQ 183-203.

Dibb S ve Simkin L, 'Targeting, Segments and Positioning' (1991) 9 International Journal of Retail & Distribution Management 4-10.

Dinwoodie GB ve Gangjee DS, 'The Image of the Consumer in European Trade Mark Law', içinde D Leczykiewicz and S Weatherill (eds) *The Image(s) of the Consumer in EU Law* (Hart 2015).

Dinwoodie GB, 'The Europeanisation of Trade Mark Law', içinde A Ohly ve J Pila (eds) *The Europeanisation of Intellectual Property Law* (Oxford University Press 2013).

Dirikkan H, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin, Ankara 2003).

Drawbaugh K, *Brands in the Balance Meeting the Challenges of Commercial Identity* (Reuters 2001).

Epçeli S, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali* (Legal Yayınevi, İstanbul 2006).

Evans J, 'Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition' (2008) 59 Annu Rev Psychol 255-278.

Faure M ve Luth H, 'Behavioural Economics in Unfair Contract Terms – Cautions and Considerations' (2011) 34 Journal of Consumer Policy 337-358.

Fhima, I, 'Introducing Reality into Trade Mark Law' (2014) 9 JIPLP 684-687.

Fhima I, 'Trade Mark Law Meets Branding?', içinde *Deven* R. *Desai*, Ioannis Lianos ve Spencer Weber Waller (eds) *Brands, Competition Law and IP* (CUP 2015).

Fhima I ve Denvir C, 'An Empirical Analysis of the Likelihood of Confusion Factors in European Trade Mark Law' (2015) 46 IIC 310-339.

Fhima I ve Gangjee DS, *The Confusion Test in European Trade Mark Law* (Oxford University Press 2019).

Gangjee D, 'Property in Brands: The Commodification of Conversation' in H Howe and J Griffiths (eds) *Property Concepts in Intellectual Property Law* (CUP 2013).

Güneş İ, "Marka Kimliği ve Markalar" Uluslararası Sempozyumu, (2014) 9(94) Terazi Hukuk Dergisi 70-72.

Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021).

Güven, Koray, 'Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme' (2015) 28 (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 493-508.

Holbrook MB ve Hirschman EC, 'The Experiential Aspects of Consumption: Consumer Fantasies, Feelings and Fun' (1982) 9(2) Journal of Consumer Research 132–140.

Huang V, Weatherall K ve Webster E, 'The Use of Survey Evidence in Australian Trade Mark and Passing Off Cases', içinde Andrew T Kenyon, Ng-Loy Wee Loon ve Megan Richardson (eds), *The Law of Reputation and Brands in the Asia Pacific* (CUP 2012).

Incardona R ve Poncibo C, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution' (2007) 1 Journal of Consumer Policy Issue 21–38.

İmirlioğu D, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).

Jacoby J, 'Is it Rational to Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives on Rational Choice Theory' (2000) NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 00-09.

Jehoram TC, van Nispen C ve Huydecoper T, *European Trademark Law. Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law* (Kluwer International 2010).

Jolls CM, Sunstein C ve Thaler RH, 'A Behavioral Approach to Law and Economics' (1998) 50(5) Stanford Law Review 1471-1550.

Kahneman D ve Frederick S, 'Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002).

Karayel, Berk, 'Türk marka hukukunda karıştırılma ihtimali ekseninde ortalama tüketici kavramı', Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).

Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006) 140-141.

Kihistrom JF, 'The Cognitive Unconscious' (1987) 237 Science 1445-1452.

Koşer N, 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' (2012) 12(1) İnönü University Law Review 380-393.

Koşer N, 'Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin 7 Şubat 2019 Tarihli "Swemac" Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme' (2020) 5(1-2), Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2151 (Marka Hukuku), 2151-2169.

Kurt E, *Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Seçkin, İstanbul 2020).

Küçükali C, *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali* (Seçkin, Ankara 2009).

Küçükdağlı A, 'Avrupa Birliği, Alman, Türk Hukuklarında Tüketici Modelleri' (2020) 2(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145-178.

Laustsen RD, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019).

Kaya, A, *Marka Hukuku* (Arıkan, İstanbul 2006).

Laustsen RD, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trade- mark Law and Similar Fictions* (Springer: Cham, Switzerland 2019).

Landes WM ve Posner RA, 'The Economics of Trademark Law' (1988) 78 TMR 267-306.

Landes WM ve Posner RA, 'Indefinitely Renewable Copyright' (2002) John M Olin Law & Economics Working Paper No 154 (2D Series).

Lüken U, Brownlow P ve Aries N, 'How Courts View Surveys in Trade Mark Cases' (2015) MIP

Maeyaert P ve Muyldermans J, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) The Law Journal of the International Trademark, s. 1041-1042.

Maeyaert P ve Muyldermans J, 'Likelihood of Confusion in Trademark Law: A Practical Guide Based on the Case Law in Community Trade Mark Oppositions from 2002 to 2012' (2013) 103(5) LJINTA 1032 vd

Mandl M, Felfernig A, Teppan E ve Schuber M, 'Consumer Decision Making in Knowledge-Based Recommendation' (2011) 37 J Intell Inf Syst 1-22.

Morgan R, 'Ensuring Greater Legal Certainty in OHIM Decision-Taking by Abandoning Legal Formalism' (2012) 7 JIPLP 408-429.

Olshavsky, RW ve Granbois HD, 'Consumer Decision-making – Fact or Fiction?' (1979) 6 Journal of Consumer Research 93-100

Öztek S, 'İlaç Markaları' (2004) 4 Kazancı Dergisi 66-72.

Posner R, 'Rational Choice, Behavioural Economics, and the Law' (1998) 50 Stanford Law Review 1551.

Purnhagen K, 'More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioural Science in Unfair Commercial Practices?' (2017) 8 European Journal of Risk Regulation 437-440

Purnhagen K ve Schebesta H, 'A Case Moving at the Frontiers of Market Access, Freedom of Goods, the Common Agricultural Policy and Science in Court - Reflections on Scotch Whisky Association' (2017) 42(3) European Law Review 437-440.

Rachlinski J, 'New Law and Psychology: a Reply to Critics, Sceptics, and Cautious Supporters' (2000) 85 Cornell Law Review 739-766.

Rossiter J ve Bellman S, 'Emotional Branding Pays Off' (2012) 52(3) Journal of Advertising Research 291-296

Scott C ve Black J, *Cranston's Consumers and the Law* (Butterworths, 2000).

Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin 2023).

Sloman S, 'Two Systems of Reasoning', içinde T Gilovich et al (eds) *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* (CUP 2002).

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012).

Tversky A ve Kahneman D, 'The Framing of Decisions and the Psychology of Choice' (1981) 211 Science New Series 453-458.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).

Xiao Y, 'A Thousand Faces of The Average Consumer: Towards A More Empirically Grounded Approach to the Infringement Test?' (2022) 17(7) Journal of Intellectual Property Law and Practice 559-567.

Ünlüönen, K, Battal A, Yaylı A ve Yüksel S, 'Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği' (2007) 6(22) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 1-12.

Visser DJG, 'Beslissen in IE-zaken. Verslag van een Veldonderzoek' (2008) 31 NJB 1918-1926.

Weatherall K, 'The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law' (2017) 80 MLR 57-87.

Yasaman H, Ayoğlu T, Yusufoğlu Bilgin F, Memiş Kartal P, Yüksel SH ve Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, *Cilt 2* (Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021)

Yusufoğlu F, *Patent Verilebilirlik Şartları* (İstanbul 2014).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1135-1183

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 30.06.2024
**Revizyon Talebi:** 16.08.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 06.09.2024
**Kabul:** 24.11.2024

**ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE**

## Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO'nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler

**Selim Ciğer***

**Öz**

Konuyla ilgili güncel gelişmeler ışığında otonom gemilerin yakın bir gelecekte yaygınlaşacağı tahmin edilmektedir. Yeni tip gemilere mahsus kuralların kaleme alınması hususundaki çalışmaların yavaş ilerlediği dikkate alınırsa otonom gemilere bir süre daha mevcut hükümlerin uygulanması olası görünmektedir. Bu bağlamda yakın geçmişte, başta IMO'nun çalışmaları olmak üzere, mevcut hükümlerin yeni tip gemilere uygulanmasını inceleyen çok sayıda değerlendirme kaleme alınmıştır. Bu çalışmaların önemli bir kısmında mevcut hükümlerin uygulanması bakımından IMO tarafından belirlenen dört otonom gemi kategorisinin esas alındığı görülmektedir. Ancak, ilgili kategorilerin çeşitli açılardan eleştiriye açık olduğu görüşündeyiz. Zira ilgili kategoriler yeni tip gemiler ile ilgili olarak yaygın şekilde kullanılan teknik kavramlar ile uyumsuzluk gösterdiği gibi, esnekliğe kapalı şekilde tasarlanmaları sebebiyle mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanmasını ölçecek değerlendirmeler bakımından da yetersizdir. Gerçekten de yeni tip gemilerin işleyişine ilişkin asli unsurlardan biri olarak kabul edilebilecek otonomi seviyeleri bakımından IMO kategorilerindeki gemiler durağan otonomi prensibi ile işletilecekleri izlenimi uyandırmaktadır. Halbuki uygulamaya geçmesi için hazırlık yapılan prototipler de dâhil olmak üzere tüm otonom gemi dizaynlarında geminin sefer sırasında farklı otonomi seviyeleri arasında serbestçe geçiş yapabileceği öngörülmektedir. Böylece, yeni tip gemiler tam otonom gemi sınıfında olmasa dahi, rutin şekilde nihai olarak sevk ve idarenin makine tarafından gerçekleştirildiği yüksek otonomi seviyelerinde işletilebileceği gibi, ihtiyaçlara ve teknik kabiliyete bağlı olarak zaman zaman mürettebat veya uzaktan kumanda merkezi personeli eliyle manuel şekilde de kontrol edilebilir. Dolayısıyla mevcut hükümlerin uygulanmasını inceleyen değerlendirmeler bakımından esneklikten uzak şekilde tasarlanmış kategorilerin faydasının kısıtlı olacağı düşünülmektedir. Bunun yerine yeni tip gemi prototipleri ışığında konvansiyonel gemiler ile yeni tip gemiler arasındaki temel farklardan yola çıkarak belirlenecek parametrelerin esas alınmasının bu tür çalışmalar bakımından daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler**

Deniz Ticaret Hukuku, Otonom Gemiler, Otonomi, Değişken Otonomi, IMO'nun Otonom Gemi Seviyeleri

## The Concept of Autonomy, Operation of Autonomous Vessels and the IMO's Degrees of Autonomy

**Abstract**

Contemporary developments indicate that the advent of autonomous vessels in shipping operations is near. Considering the slow progress in drafting regulations specifically applicable to these new types of vessels, it appears highly likely that they will be subject to the application of the existing regulations for quite some time. Consequently, the past decade has seen countless studies concentrating on reviewing the applicability of the existing regulations to autonomous vessels. Arguably, the most noteworthy of these studies is the IMO's scoping exercise and its degrees of autonomy designed for this inquiry have been rather influential in shaping the understanding of the subject, which led many similar studies centring their analysis on these four specific categories. However, the categorisation adopted by the IMO is open to criticism. Indeed, not only are the four degrees of autonomy inconsistent with the technical concepts widely used in autonomous vessel design but they are also unsuitable for evaluating the application of the existing legal rules to

* **Sorumlu Yazar:** Selim Ciğer (Dr. Öğr. Üyesi), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye. E-posta: selimciger@sdu.edu.tr ORCID: 0000-0002-7546-7612

**Atıf:** Ciger S, "Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO'nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler " (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1135. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

autonomous vessels as they are of a highly static character. The latter is especially problematic as all prevailing technical designs for realising autonomous vessels expect the ship rotating freely between different degrees of autonomy. This means that, despite not being a fully autonomous vessel, in the course of a single voyage the vessel might be operated at times without any human intervention in higher degrees of autonomy as well as being manually controlled by the crew or the remote control centre personnel when the need arises. In view of such a dynamic mode of operation, it is submitted that the usefulness of the static categories is markedly limited in analysing the applicability of the current regulations to autonomous vessels and regard must be had for certain parameters to be determined in light of the central differences between the conventional vessels and the autonomous vessel prototypes currently being tested for operation.

**Keywords**
Shipping Law, Autonomous Vessels, Autonomy, Dynamic Autonomy, IMO's Degrees of Autonomy

## ***Extended Summary***

The past decade has witnessed a marked proliferation of autonomous vessels in the commercial context. At the moment, there are at least ten different projects under which autonomous vessels of varying types and sizes are currently in the testing phase and undertaking routine cargo operations. Owing to the obvious differences between these new and conventional vessels, it makes good sense to adopt the novel regulations specifically designed for autonomous vessels. Whilst there is ongoing work on drafting rules applicable to these new types of vessels at both national and supranational levels, slow progress indicates that these vessels will probably be subject to existing regulations for quite some time. Consequently, studies evaluating the applicability of the existing legal rules to autonomous vessels have been on the rise for the past decade. Arguably, the most noteworthy of such large-scale studies is the IMO's scoping exercise, which was concluded in 2021. The IMO's work has been rather influential in subsequent studies on the subject. However, perhaps, the most pronounced impact of the IMO's scoping exercise can be seen in the four degrees of autonomy, devised specifically for the IMO's inquiry, as virtually all studies conducted on the subject refer to these categories with many adopting them as the yardstick for analysing various rules in the context of autonomous vessels. However, the degrees of autonomy devised by the IMO have not been immune to criticism. Indeed, many commentators have, rightly, pointed out the ambiguity of these categories and their inconsistency with the widely used technical concepts encompassing autonomous vessel designs. The latter is especially problematic in view of the fact that the prevailing technical designs for realising autonomous vessels expect the ship rotating freely between different degrees of autonomy during the same voyage. Accordingly, a vessel, despite not being fully autonomous, might operate at times without any human intervention in higher degrees of autonomy. Equally, the same vessel can also be operated manually by the crew or the remote control centre personnel when the need arises. However, the IMO's degrees of autonomy are unable to reflect the dynamic autonomy levels crucial to the operation of autonomous vessels. In fact, it is submitted that no static category is without problems as any kind of categorisation

involves selecting static combinations between autonomy level, manning and technical capabilities. Since pragmatism dictates including a number of categories and eliminating others, some combinations end up being superfluous because they are not different from conventional vessels and others might prove unrealistic. Moreover, the flexible nature of prospective vessel designs, which may freely mix onboard manning and remote control capability as well as dynamic autonomy levels, means that static categories are generally a poor fit for evaluating the applicability of existing regulations to autonomous vessels and lead to misleading outcomes. Accordingly, focusing on the key differences between conventional vessels and autonomous vessel prototypes that are currently being tested for operation, three questions stand out in evaluating whether an existing rule could also apply to an autonomous vessel: The first is whether the vessel is, ultimately, controlled by a human or a machine. This is significant, as the existing rules are drafted with humans in mind, who are solely making decisions related to navigation and actively participating in or supervising the control of the vessel. However, in higher degrees of autonomy, the decision-making and controlling processes are essentially done by the machine and humans are not involved in the process. This vital difference poses certain difficulties, especially with rules relating to fault or other legal concepts based on humans. The second question is whether the vessel has a crew on board, as traditionally the vessel is manned by the crew onboard and this is evident in certain basic rules such as requirements for seaworthiness. Finally, the third question is whether the vessel is controlled onboard the ship or somewhere else. This is also partly connected to the second question because certain rules require the physical presence of humans on board. Therefore, even if it is conceded that the crew could be transferred to land and control the vessel from the remote control centre to ensure functional equivalency, certain rules still remain incompatible with autonomous vessels. In conclusion, it is argued in this article that, instead of centring the analysis on prescribed categories, regard must be had for these three parameters in analysing the applicability of the existing regulations, which ultimately supports more reliable results.

## I. Giriş

Son yıllarda yoğun olarak tartışılan mürettebatsız şekilde ve değişen seviyelerde otonomiye sahip olarak sefer icra edecek yeni tip gemi tasarımları gün geçtikçe gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. Örneğin, 2017'den beri inşa ve kontrol aşamasında olan *Yara Birkeland* isimli yük gemisi 2021 yılında ilk deneme seferini gerçekleştirmiş ve 2022 yılı Nisan ayında hizmete girerek nihai sürecin sonunda otonom seyir kabiliyeti kazanması öngörülen rutin test seferlerine başlamıştır.[1] Hemen hemen aynı tarihlerde, Çinli yetkililer tarafından duyurulduğu üzere, 2020'den beri inşa aşamasında olan ve 300 konteyner taşıma kapasitesine sahip *Zhi Fei* isimli yük gemisi Çin'in Qingdao ve Dongjiakou limanları arasında düzenli olarak icra edeceği seferlerine başlamış bulunmaktadır.[2] Ayrıca, 2040'a kadar mürettebatsız şekilde sefer icra edecek gemilerin deniz ticaretindeki oranını yüzde elliye çıkarmak hedefi çerçevesinde, Japonya'da da bir dizi farklı tip gemi prototipi ile deneme seferleri[3] gerçekleştirilmekte ve 2025 yılına kadar tam otonom seyir kabiliyeti bulunan gemilerin Japon karasularında sefere başlaması amaçlanmaktadır.[4]

Yeni tip gemilere ilişkin çalışmalarda son yıllarda yaşanan gelişmelerle birlikte tam ya da yarı otonom gemilerin denizlerde rutin şekilde sefer yaptığı günlerin artık çok da uzak olmadığını söylemek mümkündür. Bu bakımdan yakın bir gelecekte bu türden gemilerin deniz ticaret hukuku alanına giren uyuşmazlıklara konu olması muhtemel görünmektedir. Yeni tip gemilere has hukuki düzenlemelere ilişkin çalışmaların, gemi teknolojilerindeki gelişmelere göre daha yavaş ilerlediği de göz önünde bulundurulursa[5], bu türden gemilere, iyimser bir tahminle en azından başlangıç safhasında, tamamen konvansiyonel ya da klasik türde gemiler esas alınarak oluşturulan hukuki düzenlemelerin uygulanmasının söz konusu olacağı

---

1 Maritime Executive, "Yara Birkeland Begins Further Testing for Autonomous Operations", 29 Nisan 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/yara-birkeland-christened-and-begins-testing-for-autonmous-operations> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

2 Maritime Executive, "China Launches its First Autonomous Container Ship Service", 22 Nisan 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/china-reports-first-autonomous-containership-entered-service> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

3 Maritime Executive, "Japan Runs First Test of Fully Autonomous Navigation on a Large Ferry", 18 Ocak 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/japan-runs-first-test-of-fully-autonomous-navigation-on-a-large-ferry> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Maritime Executive, "Japan Claims Record for Longest and Furthest Autonomous Navigation", 7 Şubat 2022 <https://www.maritime-executive.com/article/japan-claims-record-for-longest-and-furthest-autonomous-navigation> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

4 The Nippon Foundation, "Verification Testing to Start on World's First Unmanned Ship Navigation System" 6 Aralık 2020 <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/news/articles/2020/20200612-45520.html> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

5 Bu konudaki çalışmaların en kapsamlısı IMO (International Maritime Organization – Uluslararası Denizcilik Örgütü) tarafından yürütülmektedir. Otonom gemilerin işleyişi ile ilgili olarak hukuki çerçeve teşkil edecek bir hukuki enstrüman oluşturulması amacıyla yürütülen çalışmalar Nisan 2022'de başlamıştır. Buna göre 2024 yılı sonuna kadar ihtiyari nitelikte prensiplerin kaleme alınması amaçlanmakta, bağlayıcı kuralların ise en geç 2028 yılında tamamlanarak yürürlüğe girmesi hedeflenmektedir. Bkz. IMO "Autonomous Shipping", <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

düşünülmektedir. Zira, söz konusu yaklaşımın özellikle CMI[6] ve IMO[7] gibi denizcilik alanında önde gelen uluslararası örgütler nezdinde kabul gördüğü söylenebilir. Mevcut hükümlerin yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetini tespit etmek için yapılacak çalışmalar açısından ise yeni tip gemiler ile hâlihazırda deniz ticaretinde kullanılan konvansiyonel gemiler arasındaki farkların önem arz edeceği açıktır. Tabii olarak, bu tür bir çalışmanın gerçekleştirilebilmesi için de yeni tip gemilerin işleyiş esaslarına ilişkin bazı hususların belirlenmesi gerekir. Bu amaçla yapılmış sınıflandırmalar arasında ilk olarak, IMO tarafından, mevcut IMO düzenlemelerinin yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetinin incelendiği kapsam belirleme çalışması için belirlenen dörtlü tasnif akla gelmektedir. Zira, doktrinde veya uygulamada gerçekleştirilen konuyla ilgili hemen her çalışmada anılan kategorilere değinilmekte, hatta sıklıkla konuyla ilgili çalışmalarda söz konusu tasnif değerlendirmeye esas teşkil etmektedir.[8] Dolayısıyla, IMO tarafından belirlenen otonom gemi kategorilerinin konunun kavramsal çerçevesini oluşturmakta oldukça etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Bu çalışma ile, konuyla ilgili doktrinde ve uygulamada gerçekleştirilen değerlendirmeler bakımından önemli rol oynayan IMO'nun otonom gemi tasnifinin, yeni tip gemilerin işleyiş esasları bağlamında, eleştirel olarak incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle konuya ilişkin terminoloji üzerinde durulacak daha sonra da başta otonomi kavramı olmak üzere yeni tip gemilerin işleyiş esasları ve kullanılan teknolojiler bakımından ortak kavramlar incelenecektir. Sonrasında da IMO'nun otonom gemiler üzerine gerçekleştirdiği çalışmalar ve doktrindeki eleştiriler bağlamında anılan kategoriler incelenerek, kategorilerin işletim esaslarının ne şekilde anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Nihayet, mevcut hükümlerin uygulamasını değerlendirecek çalışmalar bakımından bu kategorilerin kullanılmasının yanıltıcı sonuçlara varabileceğine işaret edilerek, alternatif olarak kullanılabilecek bazı kıstaslar önerilerek çalışma sonuçlandırılacaktır.

## II. Terminoloji

Konuyla ilgili daha önceki bir çalışmamızda burada incelenen türden gemilere ilişkin doktrinde geniş şekilde kabul edilen bir kavram bulunmadığı ifade edilmişti.[9]

---

6 CMI (Comité Maritime International – Uluslararası Denizcilik Komisyonu), "Maritime Law for MASS", <https://comitemaritime.org/work/mass/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

7 IMO, 'Autonomous ships: regulatory scoping exercise completed' <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/MASSRSE2021.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

8 Örneğin, farklı disiplinlerdeki otonom gemi çalışmalarını literatür taraması yoluyla inceleyen bir makalede, incelemeye konu olan yirmi dokuz makalenin yarısından fazlasında IMO'nun otonom gemi kategorilerini esas aldığı ifade edilmektedir, bkz. Erik Veitch ve Ole Andreas Alsos, 'A systematic review of human-AI interaction in autonomous ship systems' (2022) 152 Safety Science 105778, 9; hukuk alanında bu oranın daha fazla olduğu kanaatindeyiz: sadece Türkçe kaynaklarda, tespit edilebildiği kadarıyla, bu sayı on beşin üzerindedir.

9 Selim Ciğer, 'Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme' iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021), 467.

Aradan geçen sürede de bu durumun değişmediği söylenebilir.[10] Gerçekten de yakın sayılabilecek bir tarihte yayınlanan ve yeni tip gemilerle ilgili olarak çok sayıda çalışma içeren zengin bir kaynakta[11] ilgili gemiler, "akıllı gemi"[12], "otonom gemi"[13], "insansız deniz aracı"[14] ya da "insansız gemi"[15], "otonom ya da uzaktan kumandalı su araçları"[16] gibi pek çok farklı terim ile tarif edilmiştir. Bu yaklaşım sonraki çalışmalarda da devam etmektedir.[17] Öte yandan, tam bir fikir birliğinden söz etmek mümkün olmasa da, İngilizce literatürde "autonomous vessel" teriminin daha çok benimsendiği ifade edilebilir. Gerçekten de konuyla ilgili olarak yakın tarihte yayınlanan kaynakların neredeyse hepsi[18] "autonomous vessel" veya "autonomous ship" kavramını tercih etmektedir.[19] Esasen bu eğilimin, "otonom gemi" teriminin bir çatı kavram olarak kullanıldığı IMO'nun çalışmalarında[20] benimsenmiş terminoloji ile de tutarlı olduğu söylenebilir. Aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, IMO yeni tip gemileri "tam otonom gemi", "uzaktan kontrollü gemi" gibi alt kategorilere ayırarak değerlendirmekte ancak bu tür gemilerin hepsini ortak şekilde otonom gemi olarak

---

10 Kübra Ecemiş Yılmaz, 'Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları', (2023) 31 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429, 432-433.

11 Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021)

12 Kaan Karabulut ve Murat Yorulmaz, 'Deniz Ulaştırmasında Akıllı Gemi Kavramı', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 431.

13 İbrahim Feyzioğlu, 'Otonom Ticaret Gemilerinin STCW Sözleşmesine Etkisi', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 437; Metin Uğur Aytekin, 'Donatanın Sınırlı Sorumluluk Rejiminin Bugünü ve Geleceği' iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 617.

14 Fevzi Fırat Gözüyeşil, 'İnsansız Deniz Araçları Bağlamında Kaptanlık ve Kılavuz Kaptanlığın Hukuki Geleceği', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 503; Beril Uzunmehmetoğlu ve Bilun Elmacıoğlu, 'İnsansız Deniz Araçları ve Sigorta Hukuku', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 563.

15 Doğuş Taylan Türkel, 'Donatanın İnsansız Geminin İşletilmesinden Kaynaklanan Genel Tehlike Sorumluluğu (BK M.71)', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 587.

16 Huriye Kubilay, 'Su Yüzeyi ve/veya Sualtı Otonom ve/veya Uzaktan Kumandalı Su Araçları Sorumluluk Sigortası', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 529

17 "Otonom/İnsansız gemi": Ecemiş Yılmaz, (n 10); "otonom gemi": Mustafa Yılmaz, *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayıncılık, 2022); İsmail Karadana 'Deniz Taşımacılığında Otonom Gemilerin Kullanılması Sebebiyle Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunların TTK Bağlamında Değerlendirilmesi' iç *Uluslararası Taşıma Hukuku Konferansları Serisi –II Uluslararası Deniz Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı Tam Metin Bildiri Kitabı,* İlyas Gölcüklü (ed) (Onikilevha Yayıncılık 2022) 239; "insansız gemi": Mustafa Burak Nalbant 'Uluslararası Taşımacılık Sözleşmeleri Açısından İnsansız Gemilerde Denize Elverişliliğe Genel Bir Bakış' (2021) 66(1) Adalet Dergisi 417; Kübra Var Türk, 'Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi' (2021) 37 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 153; "mürettebatsız gemi", Bülent Sözer, 'Mürettebatsız Gemiler', (2022) 1 Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 149; Serap Helvacı ve Hakan Muran, 'Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği', (2022) 1 Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 31.

18 Krş. Bülent Sözer, *Unmanned Ships and the Law,* (Informa Law from Routledge 2023).

19 Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *Artificial intelligence and autonomous shipping: developing the international legal framework* (Bloomsbury, 2021); Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021); Tafsir Matin Johansson vd. (edr) *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan, 2022); Robin Wright, *Unmanned and autonomous ships: an overview of MASS* (Routledge, 2020); Margareta Lützhöft ve Jonathan Earthy, *Human-Centred Autonomous Shipping,* (CRC Press, 2024).

20 IMO, "Autonomous Shipping", <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

ifade etmektedir.[21] Dolayısıyla bu yaklaşımın konu ile ilgili yakın tarihli kaynaklarda kullanılan terminolojide belirli ölçüde etkili olduğu düşünülmektedir.

Yeni tip gemilerin yol açacağı değişikliklerin hukuki açıdan kapsamlı şekilde ele alınarak tartışılmasının gerektiği açıktır. Bu bakımdan tartışmalara tutarlı bir zemin oluşturmanın ilk adımının ortak bir terminoloji benimsenmesi hususunda mesafe kaydedilmesi olduğunu söylemek gerekir. Esasen, aşağıda da üzerinde durulacağı üzere[22], otonomi kavramının teknik anlamı sebebiyle bu kavramın bütün yeni tip gemileri ifade edecek şekilde kullanılmasının yanıltıcı olabileceği değerlendirilmektedir. Zira yeni tip gemiler bağlamında "otonomi" kavramı geminin insandan bağımsız şekilde seyrüsefer gerçekleştirebilmesini ifade eder. Fakat, IMO'nun konuyla ilgili çalışmaları bakımından anılan kavram değişen seviyelerde de olsa insandan bağımsız işleyebilecek gemileri ya da başka bir deyişle yarı otonom gemileri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Benzer bir anlamda, konvansiyonel gemilere göre büyük farklılıkları bulunan, değişen seviyelerde otonomi ve uzaktan kontrol kabiliyetleri gibi yeni teknolojilere sahip, mürettebatlı veya mürettebatsız şekilde işletilebilecek gemileri geniş ve basit şekilde ifade etmek için "yeni tip gemi"[23] tarifi bu çalışmada bir çatı kavram olarak kullanılmıştır.[24] Bununla beraber, yukarıda değinildiği üzere, henüz tam bir fikir birliğinden söz edilemese de otonom gemi kavramının bir çatı kavram olarak benimsenmesinin bazı avantajları olduğu da yadsınamaz. Dolayısıyla, terim anlamı olarak isabeti hakkında bazı tereddütler ifade etmek mümkün olsa da, yaygınlığı sebebiyle bir çatı kavram olarak "otonom gemi" terimini de reddetmiyoruz. Bu sebeple, bu çalışmada "yeni tip gemi" kavramı ile birlikte tam otonom ve yarı otonom gemileri bir bütün olarak ifade etmek için "otonom gemi" kavramı da kullanılmaktadır. Öte yandan, gemi üzerinde mürettebat bulunmayan yeni tip gemilerde kaptanın hukuki durumunu inceleme konusu yapan önceki bir çalışmamızda incelemenin odağındaki tüm gemileri ifade edebilme kabiliyeti bulunduğu için ağırlıklı olarak "mürettebatsız gemi" terimi kullanılmıştı.[25] Bu çalışma bakımından ise anılan kavramın, sadece mürettebatlı şekilde görev yapacak yeni tip gemiler ile üzerinde mürettebat bulunmayan yeni tip gemileri ayırt etmek amacıyla, daha dar bir kategoriyi ifade edecek şekilde, kullanılacağına işaret etmek gerekir.

---

21 ibid.

22 Bkz. (n 77) vd.

23 Ciğer (n 9) 463.

24 Benzer bir kullanım için krş. Melis Özdel, 'Reconceptualising the Nautical Fault Exception in the Fog of Emerging Technologies' (2022) 51 (3) Industrial Law Journal 672; ayrıca bkz. Helvacı ve Muran (n 17) 51.

25 Ciğer (n 9) 468.

## III. Yeni Tip Gemilere İlişkin Temel Kavramlar

Yeni tip gemilerin teknolojik ilerlemeler dolayısıyla konvansiyonel gemilere kıyasen önemli farklılıklara sahip olacağı açıktır. Bu türden gemilere ilişkin hâlihazırda farklı dizaynların mevcut olduğu söylenebilirse de bütün tasarımlar bakımından yapay zekâ, otonomi, kontrol merkezi ve gemide insan kontrolü gibi bazı ortak kavramların ön planda bulunduğuna işaret etmek mümkündür. Ringbom ve Collin'e göre konuyla ilgili hukuki incelemeler bakımından yeni tip gemilere ilişkin ortak kavramlar teknik kabiliyet, mürettebatlandırma ve otonomi olarak üç temel esas çerçevesinde ele alınabilir.[26] Ufak farklılıklarla iştirak ettiğimiz bu görüş temelinde, burada kısaca bu kavramlar üzerinde durularak, yeni tip gemilerin ortak özellikleri çalışma esasları ile bağlantılı şekilde incelenecektir.

### A. Yeni Teknolojiler

#### 1. Akıllı Sistemler ve Yapay Zekâ

Yeni tip gemiler bakımından, akıllı sistemler kavramı ile kendi kendine veya başka bir deyişle otonom şekilde seyir gerçekleştirme kabiliyeti bulunan gemi sistemleri ifade edilmektedir.[27] Bu tür bir işletim geminin hem otomasyon sistemlerine sahip olmasını hem de bu otomasyon sistemlerini değişen şartlar sathında koordinasyon içerisinde yönetebilmesi için muhakeme kabiliyeti bulunmasını gerektirir.[28] Bu da ancak gemi sistemlerinin işletilmesinde yapay zekâ uygulamaları kullanılması vasıtasıyla mümkün olabilir.

Yapay zekâ kavramının birden fazla şekilde tanımlanması mümkün olsa da, söz konusu kavram ana hatlarıyla, "çevrelerini analiz ederek belirli hedefleri yerine getirmek için, bir dereceye kadar da olsa müstakil şekilde, harekete geçerek akıllı davranış sergileyen sistemleri" ifade eder.[29] Yeni tip gemilerde yapay zekâ uygulamalarının nihai amacının insan düşünce ve karar verme sürecini taklit ederek, en az insanlar tarafından sevk edilen gemilerde olduğu kadar güvenli şekilde seyrüsefer gerçekleştiren gemilere erişmek, hatta bunun da ötesine geçerek insan kaynaklı riskleri ortadan kaldırmak olduğu söylenebilir.[30] Bu türden karmaşık

[26] Henrik Ringbom ve Felix Collin, 'Terminology and Concepts', iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 7, 8

[27] Ringbom ve Collin (n 26) 10.

[28] Wright (n 19) 37.

[29] European Commission "A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines" 17 Haziran 2024, <https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Barış Soyer ve Andrew Tettenborn, 'Artificial Intelligence and Civil Liability—Do We Need a New Regime?', (2022) 30(4) International Journal of Law and Information Technology 385, 386.

[30] Wright (n 19) 52; krş. AAWA, 'Position Paper: Remote and Autonomous Ships – Next Steps', <https://www.rolls-royce.com/~/media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 4; Hacı Kara, 'Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar' (2020) 10 (1) Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi 17; krş. Cannur Ercan, 'Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri', (2019) 11 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 19, 20.

amaçları gerçekleştirebilmek için yapay zekâ uygulamalarının önceden kodlanmış programları izlemesi yeterli değildir zira sistemi muhtemel bir problem ve çözümüne dair her tür ihtimali kapsayacak şekilde programlamak teorik olarak dahi imkânsızdır; ancak, böyle bir sistemin yerini almayı hedeflediği mürettebat gibi değişken koşullara adapte olarak, beklenmedik sorunlara çözüm bulabilmesi gerekir.[31] Bu sebeple, yeni tip gemilerin yönetimini üstlenecek yapay zeka sistemlerinde ağırlıklı olarak makine öğrenmesi metotlarının kullanılması kuvvetle muhtemel görülmektedir.[32]

Makine öğrenmesi, bilgisayarların örnek, veri ve deneyimlerden öğrenmesine izin vererek karmaşık görevleri yerine getirmesini sağlayan teknoloji olarak tarif edilebilir.[33] Bu öğrenme sürecinde insanlar, makinenin analiz edeceği veriyi gruplandırmak veya işaretlemek suretiyle aktif şekilde rol oynayabileceği gibi, sadece makinenin yanlış seçim veya tahminlerini düzeltmek yoluyla daha kısıtlı bir role de sahip olabilir.[34] Öte yandan, makine öğrenmesinin alt dallarından biri olarak kabul edilen ve sistemin kendi yanlış seçim ve tahminlerini tespit ederek düzeltebildiği "derin öğrenme" metodunda makine öğrenmesi tamamen insan etkileşiminden bağımsız da gerçekleşebilir.[35] İnsanların sürece katıldığı veya denetiminde yer aldığı makine öğrenmesi metotları daha güvenilir sonuçlar sağlamaktadır ancak sistemde insanın oynadığı rol arttıkça öğrenme süreci yavaşlamaktadır.[36] İnsan müdahalesine ihtiyaç duymayan derin öğrenme metotlarının bu açıdan avantajlı olduğu söylenebilir ise de bu yöntemin başarılı olabilmesi için çok yüksek miktarda veriye ihtiyaç duyulmaktadır.[37] Gerçekten de, örneğin, makine öğrenmesi kullanılarak gemi nöbet sistemlerinin seyir yardımcılarını tanıyabilmesi amacıyla programlanması için, sistemin yanlış tahminlerinin insan müdahalesiyle düzeltilmesi halinde mesela şamandıra gibi bir objenin beş ila on bin civarında resminin yeterli olacağı söylenmektedir.[38] Fakat, derin öğrenme yönteminin kullanılması halinde aynı işlemin gerçekleştirmesi için sistemin ihtiyaç duyduğu resim adedi yüzbinler ile ifade edilmekte, bu da anılan metot kullanılarak gerçekleştirilecek projelerin başarısı açısından önemli bir engel

---

31 Thomas Porathe vd, 'At least as safe as manned shipping? Autonomous shipping, safety and "human error"', iç Stein Haugen vd, (edr) *Safety and Reliability – Safe Societies in a Changing World* (CRC Press 2018) 417, 422;
The Royal Society, 'Machine Learning: The Power and Promise of Computers that Learn by Example' (DES4702, 2017), 16. <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Wright (n 19) 50.

32 Ringbom ve Collin (n 26) 10; Bjørn Johan Vartdal, Rolf Skjong ve Asun Lera St.Clair, 'DNV GL – Maritime Position Paper: Remote-controlled and autonomous ships', <https://www.dnv.com/maritime/publications/remote-controlled-autonomous-ships-paper-download.html> Erişim tarihi 17 Haziran 2024,10.

33 The Royal Society (n 31)16; ayrıca bkz. Yılmaz (n 17) 57-58; Hasan Çataklı, 'Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Cezai Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Ceza Hukukunda Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi' (2024) 28(2) AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 507, 513.

34 Wright (n 19) 54-55.

35 ibid, 55-56; IBM, 'AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning vs. Neural Networks: What's the Difference?' (27 May 2020) <https://www.ibm.com/cloud/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

36 The Royal Society (n 31) 30.

37 Wright (n 19), 55.

38 ibid.

teşkil etmektedir.[39] Buna ek olarak, makine öğrenmesinde öğrenim sürecinin ve verilen kararların yapısı gereği şeffaflıktan uzak olduğunu da işaret etmek gerekir.[40] Mevcut tasarımlar sistemin sunulan veriyi kullanarak ulaştığı seçim ve tahminlerin ne şekilde oluştuğunun dışarıdan anlaşılabilmesine imkân vermemektedir.[41] Dolayısıyla sistemin verdiği kararın neden verildiğini ya da, başka bir deyişle, verilen kararların gerekçelerini öğrenmek son derece zordur. Haliyle bu durum, sistem tarafından verilebilecek kararların objektif şekilde sağlamasının yapılabilmesini ve nihai olarak da güvenilirliğini tartışmaya açmaktadır.[42] Bütün bunlar, karar alma ve sevk mekanizmalarında yapay zeka ve makine öğrenmesi teknolojilerinin rol oynayacağı, insan müdahalesine ihtiyaç duymadan karar verip uygulamak suretiyle seyrüsefer gerçekleştirecek otonom gemilerin hem uygulamaya geçmesi hem de bu gemilere konvansiyonel gemilere uygulanacak hükümlerin uygulanma kabiliyeti hususunda duraksama yaratan problemler olarak göze çarpmaktadır.

Aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, geminin akıllı sistemlere sahip bulunması geminin hiç insan kontrolüne ihtiyaç duymayacağı anlamına gelmez.[43] Dolayısıyla, gemide akıllı sistemler bulunmasının doğrudan geminin mürettebatsız işletileceği sonucunu doğurmayacağını vurgulamak gerekir.[44] Zira, geminin ne şekilde işletileceğinin belirlenmesinde geminin fiziki şartları ve teknik kabiliyetleri kadar, iktisadi ve hukuki gerekçeler ile fizibilite değerlendirmeleri de etkilidir. Bu açıdan geminin üzerindeki insan kontrolünün sağlanmasının geminin mürettebatlı şekilde işletilmesi yoluyla gerçekleştirilmesinin gerekli görüldüğü hallerde geminin bu iki unsurun birbiri ile koordinasyon içerisinde işletileceği öngörülebilir.[45] Ancak, mevcut projelerin önemli bir kısmı, bazı avantajları sebebiyle, geminin mürettebatsız şekilde işletilmesini amaçlamakta ve bu tür gemiler bakımından ise gemi üzerindeki insan kontrolünün kontrol merkezi denetimi vasıtasıyla sağlanacağı ifade edilmektedir.[46] Tabii olarak bunun için geminin uzaktan kontrol kabiliyeti de bulunması gerekecektir.

---

[39] ibid, 55-56; DNV GL (n 32) 8; Håvard Nordahl vd., 'AUTOSHIP: [D8.2] Roadmap for Autonomous ship adoption and development' <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5f9b24179&appId=PPGMS> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 13.

[40] The Royal Society (n 31) 93.

[41] ibid.

[42] Wright (n 19), 240.

[43] Ørnulf Jan Rødseth, Lars Andreas Lien Wennersberg ve Håvard Nordahl, 'Levels of autonomy for ships' (2022) 2311 Journal of Physics Conference Series 012018, <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/2311/1/012018> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 3.

[44] Ringbom ve Collin (n 26), 15.

[45] Bkz. (n 64)

[46] Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 43) 3.

## 2. Uzaktan Kontrol

Geminin uzaktan kontrolü, gemi dışındaki bir merkez tarafından geminin izlenmesi ve kumanda edilmesini ifade eden bir kavramdır.[47] Bu bağlamda söz konusu kontrol geminin doğrudan ve kesintisiz olarak başka bir merkezden sevk edildiği örnekleri kastedebileceği gibi geminin sadece hareketlerinin izlenmesi veya kaydedilmesi gibi bir gözlemleme faaliyetini işaret edebilecek şekilde de kullanılmaktadır.[48] Ancak, kavramı geniş bir yelpazede, farklı ihtimalleri ifade edecek şekilde anlamak mümkün olsa da, yeni tip gemilere ilişkin olarak uzaktan kontrol pek çok halde değişen seviyelerde otonomiye sahip gemilerin sürekli veya fasılalı olarak seyrüsefere ilişkin kararlarının izlenmesi, denetlenmesi ve gerektiğinde müdahale edilmesini ifade eder.[49]

Yukarıda bahsedildiği türden bir kontrolün mümkün olabilmesi için ise gemiyle karada herhangi bir noktada veya başka bir gemide konuşlanacak kontrol merkezi arasında sürekli şekilde veri alışverişi ve iletişim gerekmektedir.[50] Söz konusu iletişim gemide bulunan radar, kızılötesi veya LIDAR (Light Detection and Ranging) gibi farklı kamera tipleri, çeşitli sensörler ve AIS (Automatic Identification System) gibi cihazlar vasıtasıyla toplanan yüksek çözünürlüklü ve büyük boyutlu verinin kontrol merkezine aktarımını ve merkez tarafından kesintisiz olarak gemi sistemlerine erişimini şart koşmaktadır.[51] Mevcut teknolojinin istikrarlı ve randımanlı bir şekilde söz konusu veri transferini gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığı meselesi henüz tartışmalıdır. Özellikle bağlantıdaki gecikmenin (*latency*) ve özellikle kötü hava ve mesafe gibi faktörlerin bağlantıya olumsuz etkilerinin uzaktan kontrolün sağlanmasında teşkil edeceği riskler literatürde haklı olarak işaret edilmektedir.[52] Bu sebeple, gemiden merkeze gönderilecek verinin sıkıştırılmış olarak veya önemine göre seçilerek gönderilmesi gibi çözümlerin benimsenmesi söz konusu olabilir.[53]

Geminin uzaktan kontrol kabiliyeti bulunması, kural olarak, geminin akıllı sistemler vasıtasıyla otonom şekilde sefer gerçekleştirmesini gerektirmez. Ancak, yeni tip gemilerin uygulamaya geçişi açısından kuvvetle muhtemel olarak bu iki

[47] Ringbom ve Collin (n 26), 9; IMO, "Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Shıps (Mass) Study on the definition and organization of a Remote Control Centre (RCC) with a view to its certification - Submitted by Belgium" MSC 107/INF.14, <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, Annex, 9.

[48] Ringbom ve Collin (n 26), 9; Robert Veal ve Henrik Ringbom, 'Unmanned Ships and the International Regulatory Framework' (2017) 23 Journal of International Maritime Law 100, 101

[49] Krş. "Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Ships (Mass): Overview of new industry specification for MASS vocabulary - Submitted by ISO" (MSC 107/5/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, Annex, 2.

[50] AAWA (n 30) 4; Marko Höyhtyä vd, 'Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges' (2017) International Conference on Information and Communication Technology Convergence (ICTC), Jeju, Korea (South) 345, <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8191000> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

[51] Ringbom ve Collin (n 26) 9; AAWA (n 30) 30-32; Ciğer (n 9) 469-470.

[52] DNV GL (n 32) 9-10; AAWA (n 30) 30-32; Ciğer (n 9) 470; Ayrıca, bkz. IMO, 'Consideration of common issues, taking into account those identified in the RSE and by FAL 47, LEG 110 and MSC 107 Network governance Submitted by Liberia, Republic of Korea and United Arab Emirates' (MASS-JWG 3/3/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 4.

[53] Ringbom ve Collin (n 26), 9; AAWA (n 30) 30.

teknolojinin beraberce kullanıldığı tasarımların ortaya çıkacağı düşünülmektedir.[54] Bunun iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki gemiyle kontrol merkezi arasındaki bağlantının kesilmesi halinde geminin tehlike arz etmeyecek şekilde belirli bir süre boyunca veya önceden kararlaştırılmış bir hedefe kadar kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirmesi ihtiyacıdır.[55] Gemide mürettebat bulunan hallerde gemi manüel olarak sevk ve idare edilebilirse de, mürettebatsız gemiler bakımından bu tür bir güvence fonksiyonu ancak geminin akıllı sistemlere sahip olması halinde mümkündür.[56] İkinci sebep ise iktisadi gerekçelerden kaynaklanmaktadır. Kontrol merkezi kuruluş ve işletim masrafları göz önünde bulundurulduğunda bir merkezden mümkün olan en fazla sayıda geminin kumanda edilmesinin amaçlanması gerçekçi bir olasılıktır.[57] Bu tür bir işletme düzeni ise geminin aralıksız şekilde kontrol merkezi operatörü eliyle işletildiği hallerde değil de ancak geminin normal koşullarda kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirebildiği, sadece acil veya beklenmedik durumlarda operatörün kontrolü devralması gerekeceği hallerde makul olabilir. Bu da mürettebatsız gemiler bakımından ancak akıllı sistemlere sahip olan bir gemi bakımından mümkündür. Nitekim, yukarıda da değinildiği üzere, hâlihazırda tasarlanan projeler bakımından da akıllı sistemlere sahip mürettebatsız gemilerin uzaktan kontrol kabiliyeti bulunması gerekeceği kabul edilmektedir.[58] Bu açıdan yeni tip gemiler bakımından önde gelen teknolojik olanakların birbiriyle zıtlık teşkil etmediği, aksine çoğu halde yeni teknolojilerin hayata geçirilmesinde bu iki unsurun beraberce kullanılabileceği söylenebilir.

## B. İnsan Kontrolü

### 1. Mürettebat

Yukarıda değinildiği üzere, yeni tip gemiler bakımından insan kontrolüne duyulan ihtiyacın tamamen ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir. Gemi üzerinde insan kontrolü tesis edilmesi bakımından da akla gelebilecek ilk ihtimal de, doğal olarak, gemide mürettebat bulunmasıdır. Gerçekten de, mesela IMO'nun 2. Kategorisindeki gemiler gibi bazı otonom gemi prototipleri gemi üzerinde mürettebat bulunması öngörülmektedir. Bunların bazıları bakımından gemide mürettebat bulundurulmasının geçici bir çözüm olduğu söylenebilir. Mesela bu kategorideki gemilere örnek verilebilecek olan *Yara-Birkeland* bakımından mürettebatlı otonom gemiler bir geçiş aşaması olarak planlanmakta, denemeler başarılı olduğu takdirde

[54] DNV GL (n 32) 12; AAWA (n 30) 13; MSC 107/INF.14 (n 47) Annex, 9

[55] DNV GL (n 32) 12; Nordahl vd (n 39) 14

[56] Ringbom ve Collin (n 26) 15-16.

[57] Barış Soyer, Andrew Tettenborn ve George Leloudas, 'Remote Controlled and Autonomous Shippıng: UK Based Case Study' <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 44; Krş. Wright (n 19), 95

[58] Bkz. (n 46)

geminin mürettebatsız olarak seferlere başlayacağı öngörülmektedir.[59] Ancak otonom bir gemide kalıcı şekilde mürettebat varlığının bulunacağını öngören örnekler de mevcuttur. Örneğin bazı yazarlar tarafından uzak yol sefer yapan gemilerde mürettebatın vardiyalı şekilde görev yapabileceği, mürettebatın uyku, dinlenme vs. gibi sebeplerle görevde bulunmadığı hallerde ise geminin otonom seyir gerçekleştirebileceği ifade edilmektedir.[60]

Geminin seyrüsefere ilişkin karar mekanizmalarında insan faktörünün etkinliğinin azalması sebebiyle insan kusurundan kaynaklanan hatalara daha seyrek olarak rastlanacağı, gemide mürettebat bulunmayacağı için maaş kaleminden tasarruf edileceği, geminin insan barınması için ayrılan kısımlarına ve sistemlere ihtiyaç duyulmamasından dolayı geminin hem inşa masraflarının azalacağı, hem de yük taşıma kapasitesinin artması sebebiyle de seferlerin karlılığının artacağı gibi hususlar sıklıkla yeni tip gemilerin getireceği avantajlara örnek olarak gösterilmektedir.[61] Buna ek olarak, mürettebat olarak istihdam edilebilecek yetişmiş personel açığı ve zorlu çalışma şartlarından kaynaklı olarak mesleğe ilginin azalması ile özellikle gelişmiş ülkelerde nüfusun yaşlanması sebepleriyle işgücüne yeni katılan gemi adamı ve zabit sayısının açığı karşılamaktan çok uzak olduğu dikkate alındığında, otonom gemilerin mürettebatsız şekilde işletilebilmesi denizcilik sektörünün içinde bulunduğu personel krizine de çözüm getirmektedir.[62] Dolayısıyla, yeni tip gemilerin getireceği en önemli avantajın mürettebatsız işletim imkânı olduğu kabul edildiğinde otonom gemilerde mürettebat bulunması fikri bu tür gemilerin ortaya çıkış amaçları ile çelişkili görünmektedir. Öte yandan, gemilerde mürettebat bulunmayacağı için, fiziksel müdahale gerektiren basit arıza ve tamirlerin limana dönmeyi gerektirmesi, rutin bakım ve denetimlerin şimdiki gibi sefer sırasında yapılamayacak olması, özellikle kötü hava ve deniz koşulları sebebiyle ani veya öngörülemeyecek problemlerin sıklıkla ortaya çıkması ihtimalinden ötürü yaşanacak zaman kayıpları gibi sebeplerle gemide hiç insan bulunmamasının da üzerinde durulması gereken dezavantajları bulunduğu doktrinde geniş olarak ifade edilmektedir.[63]. Bunların yanı sıra gemide, asgari seviyede dahi olsa, mürettebat bulunmasının mevcut hükümlerin

[59] Konsberg, 'Autonomous Ship Project, Key Facts About Yara Birkeland' <https://www.kongsberg.com/maritime/support/themes/autonomous-ship-project-key-facts-about-yara-birkeland/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Simon Baughen, 'Who is the master now? – Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 129; ayrıca bkz. (n 192).

[60] Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 43) 3; krş. Ringbom ve Collin (n 26) , sf. 15.

[61] AAWA (n 30) 4; Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 43) 3; Andrew Tettenborn, 'Shipping: Product Liability Goes High-Tech' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 116, 118, dn 17; Sözer (n 18) 23 ff.

[62] Nordahl vd (n 39) 37-38.

[63] Eric van Hooydonk, 'The law of unmanned Merchant shipping – an exploration' (2014) 20 (4) Journal of International Maritime Law 403, 405-406; Michael Tsimplis ve Robert Veal, 'The integration of unmanned ships into the lex maritima' [2017] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 303, 334-335; Ørnulf Jan Rødseth 'Assessing business cases for autonomous and unmanned ships' iç *Technology and Science for the Ships of the Future* (IOS Press 2018) 1033, para 3.1.; Johan Schelling, 'Manning of unmanned ships' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 261, 263-265; AAWA (n 30), 67-68.

yeni tip gemilere uygulanması bakımından pek çok sorunu ortadan kaldırdığına da işaret etmek gerekir.[64] Bütün bu sebeplerle, yeni tip gemilerin bazılarının mürettebatlı şekilde faaliyet gösterecek olmasının da olası bir senaryo olarak göründüğünü kabul etmek gerekir. Hatta bazı yazarlar, özellikle uzak yol seferleri bakımından otonom gemilerin en az 2050'li yıllara kadar mürettebatlı olarak işleyecekleri yönünde tahminde bulunmaktadır.[65]

## 2. Uzaktan Kontrol Merkezi Personeli

Gemi üzerinde insan kontrolü tesis edilmesi bakımından da mümkün olan ikinci ihtimal kontrol merkezi personeli vasıtasıyla geminin kontrol edilmesi halidir. Mürettebatsız gemiler bakımından gemi üzerinde insan kontrolü tesis edilmesinin tek yolunun uzaktan kontrol olduğu açıktır. Ancak uzaktan kontrol merkezi personelin vasıtasıyla geminin sevk ve idare edilmesinin sadece mürettebatsız gemilere has bir durum olmadığını, uygulamaya geçmesi öngörülen bazı prototipler bakımından geminin mürettebatlı olmasına rağmen uzaktan kontrol merkezi kontrolünde bulunacağının da öngörüldüğünü belirtmek gerekir.[66]

Kontrol veya kumanda merkezinin organizasyon yapısı hakkında[67] henüz kesin şekilde görüş bildirmeye yetecek düzeyde örnek[68] bulunmamaktaysa da merkezdeki personelin takımlar şeklinde çalışmasının muhtemel olduğu söylenebilir. Örneğin, MUNIN projesi[69] kapsamındaki projeksiyonlar bakımından kumanda merkezinde geminin olağan denetim ve idaresinden sorumlu operatörlerden başka, arıza, beklenmedik gelişmeler veya acil durumlarda yardımına başvurulabilecek ve nihai olarak sevk ve idareden sorumlu denizcilik tecrübesi bulunan bir kaptan, makine ve elektronik aksama ilişkin teknik konularda danışılmak üzere mühendis ve merkezin yönetiminden sorumlu bir şef bulunacağı kabul edilmiştir.[70] Öte yandan, geminin açık denizlerdeki seyir koşulları ve düşük hızı dikkate alındığında kontrol merkezinde görev yapacak personelin, özellikle orta ve yüksek otonomi seviyelerinde, birden fazla gemiyi kontrol edebilmesi de mümkün görünmektedir.[71] Mesela MUNIN projesi bakımından bir operatörün aynı anda altı gemiyi izleyip kontrol edebileceği öngörülmektedir.[72]

64 Ringbom ve Collin (n 26) 12

65 Nordahl vd (n 39) 21.

66 Ringbom ve Collin (n 26) 17; Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 43) 3.

67 Bazı projeksiyonlar için bkz. Wright (n 19) 110 ff.

68 Bazı örnekler için bkz. (n 125).

69 Proje hakkında bkz. MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks) Project, 'Final Report Summary - MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks), <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting> Erişim tarihi 17 Ağustos 2024.

70 Yemao Man vd. 'From desk to field-Human factor issues in remote monitoring and controlling of autonomous unmanned vessels' (2015) 3 Procedia Manufacturing 2674, 2676; krş. Wright (n 19) 91 ff.

71 Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 43) 3; IMO, 'Proposal on the key elements of MASS common issues - Submitted by Japan', (MASS-JWG 2/2/2) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 3; aksi yönde Sözer (n 18) 94.

72 Yemeo vd. (n 70) 2676; aynı husus Rolls – Royce'un otonom gemi projesi bakımından da kabul edilmektedir, bkz. AAWA (n 30) 10; bkz (n 57).

Kontrol merkezi operatör ve personeli, mutat operasyon çerçevesinde gemiden gönderilen bilgiler ışığında geminin seyir esnasındaki durumunu, rotasını, hızını, çevresel faktörler ile birlikte izleyecek, geminin otonomi seviyesi ile bağlantılı olarak verdiği kararları denetleyecek, gerektiğinde de doğrudan sevk ve idareyi ele alacaktır.[73] Belki personelin geminin yanında fiziksel varlığını gerektiren yük elleçlenmesi veya geminin iskeleye bağlanması gibi işlemler hariç[74], kontrol merkezi personelinin yüke ilişkin bazı operasyonları da yönetmesi dahi mümkün olabilir. Örneğin yükün muhafazası için havalandırılması veya ısısının kontrol edilmesi gemi sistemleri vasıtasıyla kontrol merkezi personeli tarafından uzaktan gerçekleştirilebilecek işlemler olarak düşünülmektedir.[75] Bu bağlamda, kontrol merkezi personelinin konvansiyonel gemilerde bulunan kaptan ve mürettebata son derece yakın bir rol oynayacağı söylenebilir. Dolayısıyla ilgili kimselerin konvansiyonel gemilerdeki mürettebata işlevsel olarak denk kabul edilmesi mümkün görünmektedir.[76] Bu durum, gemide bulunan mürettebata ilişkin bazı hükümlerin kontrol merkezi personeline uygulanmasının söz konusu olabileceğine işaret eder. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, bazı hükümler bakımından sevk ve idareye ilişkin iş ve işlemlerin nereden yapıldığı da önemlidir. Bu tür hükümlerin uygulanması bakımından sadece gemide bulunan müretttebatın esas olduğunu vurgulamak gerekir.

## C. Otonomi

Yeni tip gemilerde kullanıldığı anlamda otonomi geminin iki nokta arasında seyrüsefer gerçekleştirmek amacıyla kendi kendine karar verebilmek ve bu kararları müstakil şekilde uygulamak hususunda teknik kabiliyeti bulunmasını ifade etmektedir.[77] Dolayısıyla, otonom gemiler, haiz oldukları akıllı sistemler vasıtasıyla çevresel şartlar hakkında bilgi toplayacak, bulundukları ortam hakkında yeterli bilgiye ulaştıktan sonra bu bilgileri analiz ederek geminin gerçekleştireceği sefere ilişkin bir planlama yaparak, nihayet bu plan doğrultusunda seyrüsefer icra edecektir.[78] Bu bağlamda, otonom bir geminin sefere ilişkin çevresel koşullar ışığında rotayı planlayarak, söz konusu rotayı devamlı izleyerek rotadan sapmadan veya sapıldığı takdirde tekrar rotaya dönülmesini sağlayarak, bu rotada güvenli şekilde seyir gerçekleştirebilmesi, rota üzerinde bulunabilecek başka gemiler, kara parçaları, kayalık, sığlık gibi çarpışma veya karaya oturma riski barındıran engellerden

[73] Wright (n 19), 103 vd; Sözer (n 18) 88 ff.

[74] Ciğer (n 9) 493; Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41) 65-66.

[75] Frank Stevens, 'Carrier liability for unmanned ships; Goodbye crew, hello liability?' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 148, 158; Barış Soyer, Andrew Tettenborn ve George Leloudas, 'Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study' <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf>

[76] Soyer, Tettenborn ve Leloudas (n 75) 7; krş. Baughen (n 59) 146.

[77] Wright (n 19), 37; Ringbom ve Collin (n 26) 12; Barış Soyer, 'Autonomous vessels and third-party liabilities: the elephant in the room' Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 105, 106.

[78] DNV GL (n 32) 6-12; Nordahl vd (n 39) 57-59.

kaçınabilmesi ve arıza, beklenmedik hal gibi sebeplerle oluşacak tehlikelerde belirli bir yere hareket etmek veya belirli bir konumda beklemek gibi önceden tespit edilen emniyet mekanizmalarını işletebilmesi gerekmektedir.[79] Konvansiyonel gemiler bakımından, karar destek sistemleri yardımıyla da olsa, geminin sevk ve idaresine ilişkin bu ve bunun gibi kararların ardında nihai olarak hep insanlar bulunmaktayken, otonom bir gemi bakımından yukarıda belirtilen iş ve işlemler yapay zekâ algoritmaları vasıtasıyla gerçekleştirilecektir.[80] Ancak, yukarıda bahsedildiği üzere, makine öğrenim teknolojilerinin mevcut sınırlamaları sebebiyle gemilerde bulunan akıllı sistemlerin hâlihazırda insan müdahalesine hiç ihtiyaç duymayacak şekilde, tam otonom olarak, işlemesi mümkün görülmemektedir.[81] Dolayısıyla, yeni tip gemiler bakımından otonomi kavramı esasen, geminin içinde bulunduğu koşullara ve ifa edilecek olan iş ve işlemlere göre değişkenlik gösterecek şekilde insan ve makine arasında kurulacak bir işbölümünü ifade eder.[82]

Hâlihazırda gemilerin, makine ile insan arasındaki iş bölümünü detaylandıran, otonomi seviyelerine ilişkin, IMO'nun tasnifinden başka, zaman zaman atıfta bulunulan beşten fazla ölçü bulunmaktadır.[83] Ancak burada, ilk olarak, insan kontrolü ve otonomi arasındaki ilişkiyi son derece kapsamlı şekilde ifade etmiş olan Sheridan ölçeğinin incelenmesinde yarar bulunduğu kanısındayız. Söz konusu ölçeğe göre otonomi on farklı seviyede tezahür edebilir:

1. Her şey insan tarafından yapılır, bilgisayar herhangi bir yardımda bulunmaz.
2. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler.
3. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler ve bunları birkaç seçeneğe indirger.
4. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler ve bunlardan birini önerir.
5. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler, bunlardan birini önerir ve eğer insan onaylarsa önerilen seçeneği icra eder.
6. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler, bunlardan birini önerir ve, verilen süre içinde insan veto etmedikçe, önerilen seçeneği icra eder.

[79] Nordahl vd (n 39) 58; AAWA (n 30) 10-12.

[80] DNV GL (n 32) 10

[81] Bkz. (n 38) vd.

[82] AAWA (n 30) 6-7; Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41) 4-5; Soyer, Tettenborn ve Leloudas (n 75) 5; krş. Ringbom ve Collin (n 26) 13.

[83] Detay için bkz. Junji Fukuto, 'Automation Levels of Automated/Autonomous Ships' (2021) 4 ClassNK Technical Journal 35; Wright (n 19) 37 ff.

7. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler, bunlardan birini önerir ve otomatik olarak icra eder ve sonrasında muhakkak durumu insana bildirir.

8. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler, bunlardan birini önerir ve otomatik olarak icra eder ve sonrasında eğer insan talep ederse durumu ona bildirir.

9. Bilgisayar icra edilecek hareket için bir dizi seçenek belirler, bunlardan birini önerir ve otomatik olarak icra eder ve sonrasında bilgisayarın gerekli görmesi halinde durumu insana bildirir.

10. İnsana aldırış etmeksizin, tüm kararlar bilgisayar tarafından alınır ve otonom şekilde icra edilir.[84]

Görüleceği üzere, Sheridan ölçeğinin ilk altı seviyesinde nihai kontrolün insana ait olduğu söylenebilir, ancak yüksek otonomi seviyelerinde ise karar verici ve uygulayıcının bilgisayar olduğu görülmektedir. Ringbom ve Collin ise hukuki bir inceleme açısından geminin otonomi seviyesini dört kademeye indirgeyerek değerlendirmenin yeterli olacağı görüşündedir:

**Sıfır otonomi**: otomasyon kabiliyeti bulunan bir sistem belirli aksiyonları önerebilir ancak bunların icra edilip edilmeyeceğine insan karar verir.

**Denetimli otonomi**: otomasyon kabiliyeti bulunan bir sistem karar alır ve icra eder ancak insan tarafından sistemin işleyişi denetlenir ve gerekirse sisteme müdahale edilir.

**Kısıtlı otonomi**: otomasyon kabiliyeti bulunan bir sistem karar alır ve insan denetimi olmadan icra eder, fakat sistem tarafından yardım talep edilmesi halinde belirli bir süre içinde müdahalede bulunmak üzere bir insan hazır bulunmaktadır.

**Tam otonomi**: otomasyon kabiliyeti bulunan bir sistem karar alır ve icra eder. Bir problem oluşması halinde dahi müdahalede bulunabilecek bir insan bulunmamaktadır.[85]

Esasen yukarıda bahsedilen ölçülerin tamamı açısından ortak özelliğin geminin otonomi seviyesinin artmasıyla birlikte gemi üzerindeki insan kontrolünün zayıflaması olduğu söylenebilir.[86] Görüleceği üzere, yeni tip gemilerde de genellikle

---

84 Thomas Sheridan *Telerobotics, Automation, and Human Supervisory Control* (MIT Press, 1992), 358.

85 Ringbom ve Collin (n 26), 13; Henrik Ringbom, 'Regulating Autonomous Ships – Concepts, Challenges and Precedents' (2019) 50 Ocean Development & International Law 141, 144-146; krş. Ornulf Jan Rodseth ve Havard Nordahl, 'Norwegian Forum For Autonomous Ships - Definition for autonomous merchant ships' <https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf> Erişim tarihi 18 Ağustos 2024, 11-12.

86 Sheridan (n 84) 357; ibid, 13.

otonominin farklı seviyelerde tezahür edeceği kabul edilmektedir ve bilgisayar tarafından verilen kararları geçersiz kılmak[87], onaylayarak uygulanmasını sağlamak[88] ya da sadece sistemin belirlediği seçeneklerden birini seçerek uygulamak[89] gibi gemi üzerinde değişen düzeylerde insan kontrolü bulunması, en yüksek otonomi seviyeleri haricinde, söz konusu olacaktır.[90] Örneğin, bir gemi seyrüsefer esnasında geminin rotasında başka bir gemi vs. gibi bir engel algılaması halinde çatmadan kaçınmak üzere gerekli manevrayı insan tarafından müdahale edilmedikçe kendi kendine uygulayabilir, insan onayına tabi olarak gerçekleştirebilir veya karşıdaki geminin olağan dışı manevralar yapması gibi bir hal dolayısıyla özel bir risk algıladığı için kontrolü insana devredebilir. Bu örneklerdeki gemilerin hiçbiri "tam otonom" gemi değildir fakat hepsi de farklı seviyelerde işleyen otonom gemiler olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla literatürde otonomi ile geminin üzerindeki insan kontrolünün sıklıkla birbirileri ile zıtlık teşkil eden kavramlar olarak görüldüğüne işaret etmek mümkünse de, yeni tip gemiler bakımından öngörülen prototipler bakımından "otonom gemi" terimi sadece mutlak ya da tam otonom bir gemiyi ifade etmez.[91]

Otonom gemilerin işleyişi bakımından otonomi kavramına ilişkin vurgulanması gereken ikinci bir husus ise otonomi seviyesinin değişkenlik gösterme kabiliyetidir. Yukarıda anılan otonomi seviyeleri[92] esas alınarak açıklamak gerekirse, teorik olarak, bir gemi bu seviyelerden sadece birinde faaliyet gösteriyor olabilir: Örneğin, hâlihazırda deniz ticaretinde kullanılan ve akıllı sistemlerin bulunmadığı konvansiyonel gemilerde yaygın olarak 'sıfır otonomi' seviyesinde işletilmekte, yukarıdaki tasnifte dördüncü seviyede bulunan gemiler ise "tam otonomi" seviyesinde işletilmektedir. İlk örnek bakımından geminin otonomi seviyesinin değişmesi mümkün değildir zira gemide gerekli teknoloji mevcut değildir. İkinci örnek bakımından ise geminin bulunduğu otonomi seviyesi değişikliğe ihtiyaç duymaz zira gemi, tanımı gereği, karşılaşacağı bütün muhtemel sorunları insan müdahalesine ihtiyaç duymadan çözmek kabiliyetini haizdir. Benzer şekilde geminin sadece "denetimli otonomi" seviyesinde yani bir insan tarafından kesintisiz olarak izlenmesini gerektirecek şekilde işletilmesi de mümkündür. Bütün bu örneklerde geminin işletildiği otonomi seviyesinde değişiklik öngörülmediği, geminin otonomi seviyesinin seferde bütün hal ve koşullarda sabit bir seviyede bulunacağı kabul edilmektedir. Yeni tip gemilerin işleyişi bakımından bu tür bir işletim geminin "*durağan (statik) otonomi seviyesi*"

87 Bkz. Lloyds Register 'Automation Levels of Lloyd's Register AL' (seviye) 3, <https://issuu.com/lr_marine/docs/lr_cyber-enabled_ships_shipright_pr> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

88 Bkz. DNV/GL 'DNV/GL Autonomy Levels 'DSE, DNV: CLASS GUIDELINE: Autonomous and remotely operated ships' (DNVGL-CG-0264) <https://www.smashroadmap.com/files/dnvgl-cg-.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

89 Bkz. Sheridan ölçeği, 2. Seviye.

90 AAWA (n 30) 6-7; Ringbom ve Collin (n 26), 13.

91 Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41) 3.

92 Bkz. (n 85).

olarak ifade edilebilecek bir prensiple tasarlandığına işaret eder.[93] Öte yandan, geminin işletildiği otonomi seviyesinin sefer sırasında farklılık gösteren hal ve koşullara ya da gerçekleştirilen operasyonlara göre değişiklik gösterecek şekilde tasarlanması da mümkündür. Mesela, geminin seferin açık denizde gerçekleşen kısmında otonom seyir gerçekleştirmesi fakat trafiğin yoğun olduğu bir boğaz geçişi veya liman girişi gibi seyrüseferin özellik arz eden bölümlerinde ya da rıhtıma yanaşma veya yük operasyonları[94] gibi farklı nitelikteki işler bakımından devre dışı kalarak kontrolü operatöre veya mürettebata devretmesi gibi haller bu türden bir işletime örnek verilebilir.[95] Dolayısıyla, burada geminin otonomi seviyesi sefer sırasında birden fazla kez değişecek, sabit kalmayacaktır. Geminin işletimi bakımından bu türden bir tasarımda "*değişken (dinamik) otonomi seviyesi*" olarak tarif edilebilecek prensibin esas alındığı söylenebilir.[96] Otonom sistemlerin, gerçekleştirilmesi gereken görevin basit olduğu, sistemi tasarlayanların karşılaşılacak tüm problemleri doğru şekilde tahmin edebileceği ve sistemin faaliyette bulunacağı ortam şartlarının ya da karşılaşılacağı problem türlerinin değişkenlik göstermeyeceği durumlarda tek bir otonomi seviyesinde işleyecek şekilde tasarlanması uygundur.[97] Ancak, şartları değişkenlik gösteren ortamlarda gerçekleştirilecek karmaşık görevler için uygun otonomi seviyesinin farklılık göstereceği dolayısıyla da bu tür operasyonlar bakımından değişken otonomi seviyelerinde işletilmesi tasarlanan sistemlerin daha elverişli olduğu değerlendirilmektedir.[98] Yeni tip gemilerin işletimi bakımından hava şartlarının, görüş seviyesinin, dalga ve akıntı şiddetinin her an değişiklik gösterebileceği, trafiğin aniden artıp azalabileceği, kendine has tehlikelerle maruf deniz ortamında geminin makine, kazan ve seyir sistemlerinin yönetilerek sevk ve idare edilmesi görevini üstlenecek otonom sistemlerin büyük bir esnekliğe ihtiyaç duyacağı açıktır. Bu sebeple, otonom gemilerin değişken otonomi seviyeleri ile işletileceği yaygın şekilde kabul edilmektedir.[99]

Değişiklik gösteren koşullara uyum sağlanabilmesi sebebiyle yeni tip gemilerde geminin değişken otonomi seviyelerinde işletilmesinin sağladığı en önemli

---

93 Krş. Ringbom ve Collin (n 26), 14; veya "tekil otonomi seviyesi" bkz. K. Suzanne Barber, Anuj Goel & Cheryl E. Martin, 'Dynamic adaptive autonomy in multi-agent systems' (2000) 12 Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence 129, 145.

94 Tam tersi şekilde rıhtıma yanaşma ve yük operasyonlarını otonom şekilde gerçekleştirmesi planlanan gemiler de bulunmaktadır, bkz. Konsberg, "Autonomous Ship Project, Key Facts About Yara Birkeland" <https://www.kongsberg.com/maritime/support/themes/autonomous-ship-project-key-facts-about-yara-birkeland/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; ancak bkz. (n 192)

95 AAWA (n 30) 8-9; Ringbom ve Collin (n 26), 14-15.

96 Barber, Goel ve Martin (n 93), 130. AAWA (n 30) 6-7; Ringbom ve Collin (n 26),14-15

97 Barber, Goel ve Martin (n 93), 145.

98 ibid, 130.

99 AAWA (n 30) 6-7; Ringbom ve Collin (n 26), 14-15; Fukuto (n 83) 47; Xue Yang, Ingrid B. Utne, Stian S. Sandøy, Marilia A. Ramos, Børge Rokseth, 'A systems-theoretic approach to hazard identification of marine systems with dynamic autonomy' (2020) 217 Ocean Engineering 1; Maritime UK, 'MASS UK Industry Conduct Principles and Code of Practice 2021 (Version 5)' <https://www.maritimeuk.org/priorities/iannovation/maritime-uk-autonomous-systems-regulatory-working-group/mass-uk-industry-conduct-principles-and-code-practice-2021-v5/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 20-21.

avantajlardan biri ise yüksek otonomi seviyelerinin kullanımını mümkün kılmasıdır. Zira, yukarıda ifade edildiği gibi mevcut yapay zeka teknolojilerinin kısıtlamaları[100], gemilerin büyük iktisadi değeri ve olası kazaların ciddi zararlara neden olma ihtimali gibi sebeplerle yeni tip gemiler üzerinde, çoğunlukla uzaktan kontrol vasıtasıyla sağlanacak, insan kontrolünün devam edeceği öngörülmektedir.[101] Öte yandan, gemilerin sefer esnasında sık sık açık denizde, trafikten uzak alanlarda ve nispeten düşük bir hızla seyir gerçekleştirmesi sebebiyle yolculuğun büyük bir kısmında insan denetimine ancak istisnai olarak ihtiyaç duyulabilecek kısımlar bulunacağı da tahmin edilmektedir.[102] Seferin bu tür safhaları bakımından yüksek otonomi seviyelerinin elverişli olduğu söylenebilir. Ancak, seferin limandan çıkış veya yoğun trafik bulunan bölgelerde seyir gerçekleştirilen kısımlarında daha yakın bir insan kontrolü hatta doğrudan yönetimin ele alınması gerekebilir.[103] Dolayısıyla, teorik olarak, durağan otonomi seviyesi ile işletilmesi öngörülen gemiler bakımından seferin insan müdahalesine ihtiyaç duyulan kısımları sebebiyle geminin işletilebileceği otonomi seviyesinin kısıtlanması kaçınılmaz görünmektedir. Buna karşın, geminin otonomi seviyesinin sefer esnasında değişebileceği öngörülmekteyse geminin seferin açık deniz safhası gibi bazı kısımları bakımından neredeyse tam otonom bir gemi gibi işletilmesinin mümkün olduğu dahi ifade edilmektedir.[104] Kuşkusuz burada "kısıtlı otonomi" gibi yüksek otonomi seviyelerinde[105] geminin sevk ve idaresine ilişkin kararların insan yerine rutin olarak makine tarafından veriliyor olmasına atıf yapılmaktadır. Zira "kısıtlı otonomi" seviyesinde, belki "tam otonomi" seviyesindekinin aksine insan müdahalesine ihtiyaç duyulacak haller açıkça öngörülmektedir; ancak, bu tür hallerin geçerli olup olmadığına da makine tarafından karar verilecektir. Bu tür bir operasyonu ifade etmek için "çevresel koşullar ve seferin farklı safhaları ya da öngörülebilir hatalar da dâhil olmak üzere otonom geminin işletilmesi için tasarlanmış belirli haller" olarak tanımlanan "işletim çerçevesi" (*operational envelope*) kavramı kullanılmaktadır.[106] Buna göre, sistemin kendi kısıtları içerisinde otonom şekilde işleyeceği fakat, tanımlanmış bir kısıtlama, farklı çevre koşulları veya bir hata ya da teknik bir sorun ile karşılaşılması gibi işletim çerçevesi dışında kalan veya başka bir deyişle gemi sisteminin güvenli işleyiş kabiliyetini aşan hallerde, onay, veto ya da denetimden doğrudan kumandayı ele almaya kadar gidebilecek şekilde, insan etkileşimini talep edeceği tasarlanmaktadır.[107]

[100] Bkz (n 33) vd.

[101] Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41) 3.

[102] ibid.

[103] AAWA (n 30) 7.

[104] ibid.

[105] Sheridan ölçeğine göre 7. Seviye ve yukarısı, Ringbom ve Collin (n 26)'in tasnifine göre "kısıtlı otonomi" seviyesi ve yukarısının yüksek otonomi seviyeleri olarak ifade edilmesi mümkündür.

[106] Ørnulf Jan Rødseth, 'Constrained Autonomy for a Better Human–Automation Interface' iç Stig Ole Johnsen ve Thomas Porathe (edr), *Sensemaking in Safety: Critical and Complex Situations* (CRC Press 2021) 235, 239; Krş.Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41), 4

[107] Rødseth, Wennersberg ve Nordahl (n 41), 8

Böylelikle, belirli hallerde insan ve makine arasındaki işbölümünde ilkinin payının arttırılması öngörülmekte, başka bir deyişle yukarıda ifade edilen bağlamda otonomi seviyesinde değişiklik yapılmaktadır. Bu sayede geminin hem gerektiğinde doğrudan insan tarafından kontrol edilmesi hem de işletimin büyük ölçüde yüksek otonomi seviyelerinde gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Bu sebeple, kısıtlı otonomi seviyesinde işleyen sistemlerin geliştirilmesi otonom gemilerin hayata geçişi açısından gerekli temel teknolojilerden biri olarak kabul edilmektedir.[108]

## IV. Yeni Tip Gemi Kategorileri ve Mevcut Hukuki Düzenlemelerin Uygulanması

### A. IMO Kategorileri

Bilindiği üzere, IMO'nun deniz ticaretini düzenleyen mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanması açısından ortaya çıkabilecek problemleri tespit etmek amacıyla gerçekleştirdiği kapsam belirleme çalışmasında[109] otonom gemileri, 'değişen seviyelerde de olsa, insan etkileşiminden bağımsız olarak işletilebilecek gemiler' olarak tanımlamış ve bu tür gemileri dört seviyede tasnif etmiştir:

1) Otomatik işlem kabiliyeti ve karar alma desteğine sahip gemi

2) Uzaktan kontrol edilen ve mürettebata sahip gemi

3) Uzaktan kontrol edilen mürettebatsız gemi

4) Tam otonom gemi[110]

Bu tasnif uygulama ve doktrinde son derece etkili olmuş, konuyla ilgili sayısız çalışmada alıntılanarak, çoğu çalışma bakımından incelemeye esas teşkil etmiştir.[111] Buna rağmen birkaç kelime ile ifade edilen bu kategorilerden gerçekte ne anlaşılması

---

[108] Nordahl vd (n 39) 62-63; Rodseth (n 106) 246.

[109] IMO, 'Outcome Of The Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritime Autonomous Surface', (MSC.1/Circ.1638) <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/PressBriefings/Documents/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; ayrıca bkz. IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its 103rd Session' (MSC 103/21/Add.1), Annex 8 <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

[110] IMO, 'IMO takes first steps to address autonomous ships', <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>, Erişim tarihi 17 Haziran 2024; detay için bkz. IMO, 'Report of 99th Session of the Maritime Safety Committee' (MSC 99/WP.9) annex I, sf.1; IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its Ninety-Ninth Session' (MSC 99/22), sf. 36; gelişim süreci için bkz. Henrik Tunfors, 'Evolution of IMO's MASS: Through the Prism of the Chair', iç Tafsir Matin Johansson vd. (edr) *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan, 2022) 33, 35 ff.

[111] Örnek olarak bkz. Simon Baughen ve Andrew Tettenborn, 'International Shipping and Unmanned Vessels' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr) *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework* (Bloomsbury 2021) 7; Sözer (n 18) 49-51, 64 ff; Yılmaz (n 16).

gerektiği üzerinde duran incelemelerin nadir olduğu söylenebilir.[112] Ancak, mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanmasını değerlendiren çalışmalar bakımından ilgili kategorilerin işleyiş esaslarının son derece önemli olduğu değerlendirilmektedir. Zira, konvansiyonel gemiler hakkında kaleme alınmış olan mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanması bakımından temel meseleler bu iki tür, eski ve yeni, gemi tipi arasındaki temel farklılıklara dair ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yeni tip gemilerin işleyiş bakımından ne gibi özellikler göstereceği netleştirilmedikçe mevcut kuralların uygulanması açısından sorun teşkil edebilecek hususları belirlemek mümkün olmaz. Bu bakımdan IMO'nun ilgili kategorilerinin işleyiş esasları üzerinde durulmasının elzem olduğu kanısındayız. Hemen ifade etmek gerekir ki, kategorilerin işleyişi bakımından, belirli ölçüde, tahmin yürütmek kaçınılmaz görünmektedir zira, görüşmeler sürecinde kategorilerin işleyişinin çok detaylı olarak açıklandığı tasnifler[113] de değerlendirilmesine rağmen nihai olarak kabul edilen kategorilerin işleyişine ilişkin verilen bilgiler çok kısıtlıdır. Yine de IMO çalışmaları sırasında yapılan inceleme ve görüşmelerden bazı hususları çıkartmak mümkündür. Bu bakımdan, özellikle, kaynak teşkil edebilecek iki belgenin üzerinde durmak gerekir. Bunlardan ilki Danimarka delegasyonu tarafından sunulan ve, tespit edilebildiği kadarıyla, IMO çalışmalarında esas alınan dörtlü tasnifin ufak tefek farklılıklarla, ilk kez kullanıldığı rapordur.[114] İkincisi ise, IMO'nun mevcut düzenlemelerinin yeni tip gemiler bakımından uygulanmasını inceleyen kapsam belirleme çalışması bağlamında kabul edilen belirli varsayımlardır.[115] IMO kategorileri aşağıda, bu iki belgedeki açıklamalar ışığında, incelenecektir.

### 1. Otomatik İşlem Kabiliyeti ve Karar Alma Desteğine Sahip Gemi

Birinci seviyedeki gemiler 'otomatik işlem kabiliyeti ve karar alma desteğine sahip gemi' olarak tarif edilmektedir. IMO'ya göre bu gemilerde 'gemi sistem ve fonksiyonlarını işletmek ve denetlemek amacıyla gemide mürettebat bulunmaktadır'. Ayrıca, 'bazı işlemler zaman zaman nezaret edilmeksizin otomasyon vasıtasıyla yerine getirilebilir ancak gemideki mürettebat denetimi ele almaya hazır bulunmaktadır'.[116] Gemilerde otomasyon sistemleri esasen 1960'lu yıllardan beri kullanılmaktadır.[117] Hâlihazırda, gemilerde sevk sistemleri, elektrik şebekesi, vardiya ve acil durum izleme sistemleri gibi pek çok farklı fonksiyonun işletilmesinde

[112] Yine de bkz. Robert Veal, 'Maritime Autonomous Surface Ships : autonomy, manning and the IMO', (2018) 6 Shipping and Trade Law 1; Ringbom (n 85); Sözer (n 18) 49-51.

[113] Bkz. IMO, 'Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Proposal for a classification scheme for degrees of autonomy - Submitted by ISO' MSC 100/5/1, <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

[114] IMO, 'Final Report: Analysis of Regulatory Barriers to the use of Autonomous Ships - Submitted by Denmark' (MSC 99/INF.3), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 6-7.

[115] MSC.1/Circ.1638 (n 109) Annex, 6.

[116] MSC 99/WP.9 (n 110) annex I, 1; IMO tutanak ve raporlarında bulunmasına rağmen, mesela bkz. ibid, 3, ikinci açıklama cümlesine IMO'nun websitesinde kategorilere ilişkin sayfada yer verilmemektedir, bkz. (n 110).

[117] Veal (n 112) 1-2.

otomasyon kullanılmaktadır.[118] Ancak, bu sistemler belirli fonksiyonları otomatik olarak gerçekleştirebilirse de, bu sistemlerin koordinasyonu ve yönetimi insanlar tarafından gerçekleştirilmektedir ve bütünüyle gemi mürettebatına aittir.[119] 1. Seviyedeki gemiler bakımından da geminin otomasyon sistemleri mevcut olmakla birlikte gemide geminin işletilmesi ve idaresi ile görevli bir mürettebat bulunacağı açıktır. Dolayısıyla bu tür gemilerin esasen hâlihazırda faaliyet gösteren gemilere göre büyük farklılıklar göstermediği anlaşılmaktadır[120], zira kapsam belirleme çalışması bağlamında bunların gemide karar alma sürecinde gemideki insan kumandasını asiste eden destek sistemleri ile donatılmış konvansiyonel gemiler oldukları kabul edilmiştir.[121]

### 2. Uzaktan kontrol edilen ve mürettebata sahip gemi

IMO, 2. kategorideki gemileri 'uzaktan kontrol edilen ve mürettebata sahip gemi' olarak adlandırmakta ve bu tür gemilerin 'başka bir yerden kontrol edildiğini ve işletildiğini' ifade etmektedir.[122] Ancak 'kumandayı ele almak ile gemi sistem ve fonksiyonlarını işletmek amacıyla gemide mürettebat bulunmaktadır'.[123] Burada 1. Kategoriye göre en belirgin farklılık geminin uzaktan kontrol kabiliyetine sahip olması olarak görünmektedir. Üstelik gemide mürettebat bulunmasına rağmen geminin uzaktan kontrol edilerek işletileceği de ifade edilmiştir. Bu husus iki ve üç numaralı kategorideki gemiler arasında ortak olduğu için uzaktan kontrolden ne anlaşılması gerektiği aşağıda incelenecektir. Burada esas olarak iki ve üçüncü kategori arasındaki temel fark olan mürettebatın varlığı üzerinde durmak gerekir. İkinci seviyedeki gemiler mürettebatsız değildir ancak bu gemiler uzaktan kontrol edileceğine göre burada mürettebatın işlevi ne olacaktır? Tanım ve açıklamalardan yola çıkarak tanımda iki numaralı kategoride geminin asli olarak uzaktan kontrol vasıtasıyla işletildiğini ancak gemideki mürettebatın gerekli hallerde kontrolü devralarak güvence işlevi sağladığını kabul etmek gerekir. Bu tür hallere örnek olarak geminin uzaktan kontrol merkezi ile arasındaki iletişimin koptuğu durumlar veya gemi sistemlerinde fiziksel müdahale gerektirecek arızalar verilebilir.

---

118 Wright (n 19), 37, 44 ff.

119 ibid, 44.

120 Aynı yönde bkz. Sözer (n 18) 49.

121 MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 6; hatta öyle ki, çalışmaların başlangıç döneminde bunların pragmatik sebeplerle inceleme kapsamından çıkarılması dahi teklif edilmiştir, bkz. MSC 100/5/4, para 9-10.

122 MSC 99/WP.9 (n 101) Annex I, 1.

123 1. Kategori açıklamalarındakine benzer şekilde 2. Kategori bakımından bu kısım da farklı belgelerde değişiklik göstermektedir. Zira 99. Oturumda kabul edilen tasnifte, ibid, ve IMO'nun websitesindeki ilgili sayfada, bkz. (n 110), sadece gemide mürettebat bulunduğu ifade edilmekteyken, kapsam belirleme çalışmasının sonuç raporunda, MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 3, mürettebatın işlevine ilişkin açıklama da bulunmaktadır. Bu çalışma bakımından ise en detaylı açıklama esas alınmıştır.

### 3. Uzaktan Kontrol Edilen Mürettebatsız Gemi

3. Kategorideki gemiler, IMO tarafından 'uzaktan kontrol edilen mürettebatsız gemi' olarak tanımlanmakta ve 'gemi başka bir yerden kontrol edilir ve işletilir, gemide mürettebat bulunmamaktadır' şeklinde tarif edilmektedir.[124] O halde bu gemiler gemide mürettebat bulunmaması açısından ilk iki kategoriden belirgin şekilde ayrılmaktadır. Öte yandan, iki numaralı kategoride olduğu gibi üçüncü kategori bakımından da geminin uzaktan kontrol kabiliyeti bulunmaktadır. Mevcut kontrol merkezi mimarisi ve tasarımları incelendiğinde kontrol merkezinde gemi köprü üstünün simüle edildiği, gemideki kamera ve sensör sistemleri ile iletişim halindeki ekranların, dümen tertibatı ve kumanda kolları gibi kontrollerin operatörün hizmetine sunulduğu bir arayüz üzerinden geminin kontrol edileceği anlaşılmaktadır.[125] Kategorilere ait tanım ve açıklamalarda uzaktan kontrolün mahiyeti ile ilgili bir açıklama mevcut değildir. Buradaki 'kontrol' geminin üzerinde operatör tarafından, manuel şekilde, doğrudan ve kesintisiz bir kumandayı ifade edebileceği gibi gemi sistem ve fonksiyonlarının yakından denetlenerek sadece gerektiğinde bunlara müdahale edilmesiyle gerçekleşecek dolaylı bir kontrolü de kastedebilir.[126] Bunlardan ikincisi için geminin kendi kendine seyir gerçekleştirebilecek olması dolayısıyla da geminin, gerektiğinde, "kısıtlı otonomi" seviyesi ve ilerisi gibi yüksek otonomi seviyeleri de dâhil olmak üzere, otonom seyir gerçekleştirebilme kabiliyeti bulunması gerekir. Esasen, daha önce de ifade edildiği gibi[127], uygulamada salt olarak uzaktan kontrol ya da otonom seyrüsefer sistemlerine dayalı prototiplerdense geminin işleyişinde bu teknolojilerin belirli ölçüde beraberce kullanılacağı tasarımların yaygınlaşması beklenmektedir.[128] Gerçekten de hâlihazırda bünyesinde faaliyette bulunan kontrol merkezleri vasıtasıyla gemi yönetimi hizmetleri sağlayan 'Seafar NV' gibi şirketler uzaktan kontrol operasyonları bakımından otonom seyir ve uzaktan kontrol teknolojilerinin beraberce kullanımının kilit konumda olduğunu ifade etmektedir.[129] Zira, öteki türlü uzaktan kontrol kabiliyetinin teknik sınırlamaları dolayısıyla kontrolde yaşanabilecek gecikmeler (*latency*) veya kontrol merkezi ile gemi arasındaki iletişimi olumsuz etkileyebilecek faktörler dolayısıyla bağlantının kesilmesi gibi hallerde geminin kontrol dışında kalacağını kabul etmek gerekir.[130] Yine benzer şekilde kontrol merkezinde görev yapan operatörlerin aynı anda birden fazla gemiyi kontrol edebileceğini öngören tasarımların gerçekleşebilmesi için de geminin normal

---

124 MSC 99/WP.9 (n 101) Annex I, 1.

125 Örnekler için bkz. Rolls Royce, 'Autonomous Ships: The Next Steps' <https://www.rolls-royce.com/~/media/Files/R%20/Rolls-Royce/%20documents/customers/marine/ship-intel/rr-ship-intel-aawa-8pg.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, video için bkz. Youtube.com 'Rolls Royce plans to deploy fully autonomous cargo ships by 2020' <https://www.youtube.com/watch?v=yRwQ95vXVmM> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; The Maritime Executive, 'Inland Waterway Cargo Vessel Remotely Controlled from German Trade Fair', 6.10.2023, <https://maritime-executive.com/article/inland-waterway-cargo-vessel-remotely-controlled-from-german-trade-fair> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

126 Bkz (n 48).

127 Ciğer (n 9) 470; bkz (n 54)e ait cümle.

128 DNV GL (n 32) 12; AAWA (n 30) 12-13

129 Bkz. Seafar, 'The Company – Operations', <https://seafar.eu/company/#company> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

130 Wright (n 19), 43; Ringbom ve Collin (n 26) 15

koşullarda kendi kendine seyir gerçekleştirebilmesi zorunludur.[131] Dolayısıyla, her ne kadar tanımda veya açıklamalarında yer almasa da, IMO'nun 2. ve 3. Kategoride tasnif ettiği bir geminin mutat işleyişi bakımından otonom seyir kabiliyetine sahip olacağı düşünülmektedir. Başka bir deyişle, buradaki uzaktan kontrol kavramının sadece kontrol merkezindeki operatörün gemiyi manuel şekilde kesintisiz olarak kumanda ettiği bir işleyişi değil geminin değişken otonomi seviyelerinde seyrüsefer gerçekleştirdiği, operatörün de işleyişi yakından denetleyerek belirli hallerde uzaktan kontrolle geminin kumandasını ele alacağı bir operasyonu kastettiği düşünülmektedir.[132]

## 4. Tam otonom gemi

4. Kategoride tasnif edilen 'tam otonom gemi', 'geminin işletim sistemi kendi kendine karar alma ve uygulama yetisine sahiptir' şeklinde tanımlanmaktadır.[133] Bu tanım esas alındığında bu kategorinin sadece en yüksek otonomi seviyesinde işletilen gemileri ifade ettiği düşünülebilir. Bu tür gemilerde sistemde insan müdahalesine ihtiyaç duyulmadığı için teorik olarak burada kontrol merkezine de ihtiyaç bulunmayacağı ileri sürülebilir.[134] Ancak, hem dörtlü tasnifin ilk halinde mevcut bulunan açıklamalara[135] hem de kapsam belirleme çalışması bağlamında kabul edilen varsayımlara göre[136] burada da geminin işleyişini gözlemleyecek[137] bir uzaktan kontrol merkezi bulunmaktadır. Dolayısıyla IMO'nun 4. Kategorisinde işleyecek bir geminin teknik anlamda 'tam otonomi'den ziyade 'kısıtlı otonomi'[138] seviyesinde bulunacağı değerlendirilmektedir. Bu görüş halihazırda otonom gemilere ilişkin taslak düzenleme kaleme alınması amacıyla IMO tarafından yürütülen çalışmalarda kabul edilen prensiplerle de teyit edilmiş görünmektedir: Zira, Deniz Güvenlik Komitesinin 107. Oturumunda, işleyiş usulü ve otonomi seviyesi ne olursa olsun, her halükarda otonom gemiden sorumlu, gemide veya belli şartların yerine getirilmesi halinde uzaktan kontrol merkezinde, gemiye müdahale etme imkanı bulunan ve kaptanlık görevini ifa edecek bir kimsenin bulunması gerektiği kabul edilmiştir.[139]

---

131 AAWA (n 30) 10; bkz. (n 71); kaldı ki bir operatör tarafından birden fazla geminin kontrol edilebileceği, prensipte, IMO'nun otonom gemilere uygulanacak taslak kurallara ilişkin çalışmalarında da kabul edilen bir husustur, IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its 107th session' (MSC 107/20), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 42.

132 Wright (n 19), 43; krş. Sözer (n 17) 50-51.

133 MSC 99/WP.9 (n 101) annex I, 1.

134 Krş. Fevzi Fırat Gözüyeşil, 'Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız Ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi Ve Gözcülük Görevi' (2021) 66 (1) Adalet Dergisi 193, 202.

135 MSC 99/INF.3 (n 114) 6

136 MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 6

137 Doğası gereği bu gözlemleme faaliyetinin dörtlü kategori tasnifinin ilk yapıldığı rapordaki gibi gemi sistemlerinin işleyişinde hata oluşması veya sistemin yardım gereksinimi duyması halinde operatör tarafından yapılacak müdahaleleri de içerebileceğini kabul etmek gerekir, MSC 99/INF.3 (n 114) 6.

138 Bkz (n 85).

139 MSC 107/20 (n 131) 42; IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Marıtıme Autonomous Surface Ships (MASS): Report of the MSC-LEG-FAL Joint Working Group On Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) on its Second Session' (MSC 107/5/1) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 4.

Anılan sebeplerle, 4. Kategorideki geminin tamamen insan kontrolünden bağımsız şekilde faaliyet göstereceğini kabul etmek zordur. Ancak tanım ve tarif dikkate alınırsa gemide insan bulunacağına dair herhangi bir çıkarım yapmak da mümkün değildir.[140] Ayrıca, yukarıda ifade edildiği üzere burada da bir kontrol merkezinin mevcut olacağı sonucuna varıldığına göre bu seviyedeki gemilerin 3. Kategorideki gemiler ile aralarında ne gibi farklar olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Temel farkın 4. Kategorideki gemilerin belki daha gelişmiş bir işletim çerçevesinde işletileceği olarak işaret edilebileceği olarak değerlendirmekteyiz. Başka bir deyişle, burada geminin daha yüksek bir oranda otonom seyir gerçekleştireceği, dolayısıyla insan kontrolünün son derece istisnai durumlarda devreye gireceği yönünde tahmin yürütülebilir.[141]

## B. IMO Kategorilerine Getirilen Eleştiriler

Yukarıda da ifade edildiği gibi IMO'nun incelediğimiz tasnifi son derece etkili olmuş, konuyla ilgili çalışmalar bakımından genellikle olduğu gibi kabul edilerek yeni tip gemilere ilişkin kategorileri tarif etmek için sık sık kullanılagelmiştir. Bununla beraber doktrinde ilgili kategorilerin detaylı şekilde eleştirildiği çalışmalar da bulunmaktadır. Bunlardan bir bölümü, IMO'nun konuyla ilgili çalışmalarının daha yeni başladığı bir dönemde, Veal tarafından dile getirilmiştir. Yazar, ilgili çalışmasında IMO'nun belirlediği "otonomi seviyelerinde" otonomi kavramı ile mürettebat seviyesinin iç içe geçtiğini, otonomi seviyelerinde gemide mürettebat bulunup bulunmamasına yer verilmesinin geminin otonomi seviyelerinin nasıl anlaşılacağı hususunda karışıklıklara sebebiyet verdiğini ve bu kavramların hukuki düzenlemelerin uygulanması bakımından birbirilerinden ayrılması gerektiğini zira gemide insan bulunmaması ile geminin otonom şekilde seyir gerçekleştirmesinin düzenlemeler açısından farklı sorunlara yol açacağı ifade edilmiştir.[142]

Benzer şekilde, Ringbom ve Collin de gemide mürettebat bulunup bulunmayacağı hususu ile geminin otonomi seviyesinin birbirinden bağımsız meseleler olduğunu savunarak bu ikisinin beraber değerlendirilmemesi gerektiğine işaret etmiş, ayrıca yeni tip gemilerin bu 4 temel sınıfta tasnifinin muhtemel tasarımları haddinden fazla şekilde basite indirgediğini ve kategoriler arasında geçişimin yüksek derecede olabileceğini göz ardı ettiğini ileri sürmüştür.[143] Anılan yazarlar bunun yerine akıllı sistemler ve/veya uzaktan kontrol kabiliyeti ile donatılmış yeni tip gemileri incelemek için altı kategoriden oluşan bir tasnifi önermektedir:

---

[140] Zira kapsam belirleme çalışması bakımından da 4. Kategorideki gemiler bakımından gemide mürettebat bulunmayacağı kabul edilen hususlardandır, bkz. MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 6

[141] Bununla beraber burada insan fonksiyonunun salt denetim faaliyetlerine indirgenmesi mümkün değildir, krş. Yılmaz (n 16), 54-55.

[142] Veal (n 112) 2-3.

[143] Ringbom ve Collin (n 26) 7,8 ve 16; Schelling (n 63); ayrıca bkz. Ringbom (n 85) 149 ff.

- Daimi olarak mürettebata sahip ve sıfır otonomi seviyesindeki gemi: Gemi daimi olarak gemide bulunan mürettebatın kontrolü altındadır. Gemide akıllı sistemler mevcut olabilir.

- Fasılalı olarak mürettebatsız ve denetimli otonomi seviyesindeki gemi: Gemide gemi sistemlerinin işleyişini denetlemek ve gerektiğinde müdahalede bulunmakla yükümlü bir mürettebat bulunmaktadır. Gemideki mürettebatın görevde bulunmadığı durumlarda sistem uzaktan kontrol vasıtasıyla görev yapacak bir mürettebat tarafından denetlenmektedir.

- Fasılalı olarak mürettebatsız ve kısıtlı otonomi seviyesindeki gemi: Gemide gemi sistemleri tarafından talep edilmesi halinde belirli bir süre içerisinde müdahalede bulunmakla yükümlü bir mürettebat bulunmaktadır. Gemide gemi sisteminin talep etmesi halinde müdahale edebilecek bir mürettebat bulunduğu için uzaktan kumanda eden bir mürettebata gerek yoktur.

- Daimi olarak mürettebatsız ve kısıtlı otonomi seviyesindeki gemi: Gemide mürettebat bulunmamaktadır ancak, gemi sistemleri tarafından talep edilmesi halinde belirli bir süre içerisinde müdahalede bulunmakla yükümlü ve uzaktan kontrol vasıtasıyla görev yapacak bir mürettebat mevcuttur.

- Daimi olarak mürettebatsız ve tam otonomi seviyesindeki gemi: Gemide mürettebat bulunmamaktadır ve uzaktan kontrol vasıtasıyla görev yapacak bir mürettebat bulunsa bile nöbette değildir. Bir sorun ortaya çıkması halinde geminin kendi kendine çözüm bulması gerekir.[144]

Benzer eleştiriler denizcilik endüstrisi ilgilileri ve dernekler tarafından da yöneltilmiştir. Örneğin otomasyon ile mürettebat seviyelerinin birleştirilmesinin veya geminin uzaktan kontrol ediliyor olmasının otonomi seviyelerini ifade etmekte kullanılmasının karışıklığa sebebiyet vereceği One Sea tarafından hazırlanan görüş belgesinde de ifade edilmektedir.[145] Hatta, ilgili görüşlerin revize edilmiş bir halinin MSC'nin 105. Oturumu sırasında IMO'ya sunulduğu da anlaşılmaktadır.[146] Esasen kategoriler hakkındaki eleştirilerin IMO nezdinde de dikkate alındığı söylenebilir. Zira, kapsam belirleme çalışmalarının sonunda otonomi seviyelerinin ve konuyla ilgili terminolojinin gözden geçirilmesi ilerideki çalışmalarda ele alınması gereken temel meselelerden bir tanesi olarak ifade edilmiştir.[147] Bu bağlamda, hali hazırda, otonom

[144] Ringbom ve Collin (n 26) 17.

[145] One Sea, 'Autonomous Ships: Terms of Reference for Rule Development White Paper' <https://b307d3dfff.clvaw-cdnwnd.com/ac8e62b9b6e49d3c818fcd9770855fb0/200000069-3d56a3d56d/WHITEPAPER%202022_One%20Sea%20-%20Terminology%20and%20levels%20of%20automation.pdf?ph=b307d3dfff> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 14

[146] IMO, 'Development Of A Goal-Based Instrument For Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) - Terminology, definitions, and levels of automation for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)' (MSC 105/INF.2) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

[147] MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 9.

gemilere ilişkin taslak düzenleme kaleme alınması amacıyla yürütülen çalışmalar bakımından mezkur otonomi seviyelerinin terk edildiğini söylemek mümkündür. Gerçekten de, her ne kadar, henüz terminolojiye ilişkin çalışmalar tamamlanmış olmasa da, IMO'nun kapsam belirleme çalışmalarında esas aldığı dörtlü tasnif uzun zamandır ilgili çalışma metinlerinde kullanılmamaktadır.[148]

## C. Değerlendirme ve Öneriler

### 1. IMO Kategorileri Işığında Yeni Tip Gemilere Mevcut Hükümlerin Uygulanmasını Ele Alan Değerlendirmelere İlişkin Sorunlar

Yukarıdaki şekliyle incelendiğinde IMO'nun otonomi seviyelerine ilişkin bazı hususlara işaret etmek mümkündür. Öncelikle IMO kategorilerinin, kullanılan tanımlamalar ve tasnif şekli bakımından yeni tip gemilere ilişkin genel kabul gören teknik kavramlar ile örtüşmediği ve karışıklığa mahal verdiği bizce de açıktır. Dolayısıyla bu konudaki eleştirilerde haklılık payı bulunduğunu söylemek gerekmektedir.[149] Bu bakımdan, 3. Kategoride tasnif edilen "uzaktan kontrol edilen mürettebatsız gemilere" ilişkin müphem noktalar örnek olarak gösterilebilir: Geminin uzaktan kontrollü veya mürettebatsız olması geminin otonomi seviyesi bakımından bir anlam ifade etmemektedir.[150] Gerçekten de kategoriler bağlamında otonomiden ne anlamak gerektiği açık değildir: Otonomiden kastedilenin sadece 4. Kategorideki gemilerde olduğu gibi "tam otonomi" olduğunu mu düşünmek gerekir? Yoksa ara kategorilerdeki gemilerin de otonom şekilde işletilmesi mümkün müdür? Bu soruya verilecek cevap olumlu ise geminin işleyişine ilişkin tarifin de yanıltıcı olduğu düşünülmektedir. Zira, 3. Kategori bakımından "gemi başka bir yerden kontrol edilir ve işletilir" şeklindeki açıklama geminin uzaktan kontrol ile fakat "sıfır otonomi" seviyesinde işletildiğini düşündürebilir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere[151], yeni tip gemilerin değişken otonomi seviyeleri ile uygulamaya geçeceğini, dolayısıyla da geminin seyir açısından özellik gösteren bir boğaz geçişinde veya limanda doğrudan ve tamamen uzaktan kontrol merkezi operatörü eliyle, "sıfır otonomi" seviyesinde, kumanda edilmesi mümkün olmakla beraber geminin sefer sırasında yer yer "kısıtlı otonomi" seviyesinde işletilmesini beklemenin daha gerçekçi olduğunu ifade etmek gerekir.[152] Esasen bu işleyiş IMO'nun dörtlü kategorilerine esas teşkil ettiği

[148] Mevcut çalışmalarda benimsenen terminoloji ve tanımlar çerçevesinde IMO'nun dörtlü tasnifi yerine kullanılmak üzere basitçe, geminin işletim koşullarını ifade eden "*concept/mode of operation*" kavramı kabul görmüş görünmektedir, IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) Report of the Correspondence Group Submitted by the Marshall Islands' (MSC 107/5) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 7; IMO 'Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Shıps (Mass) Report Of The Intersessional Mass Working Group' (MSC 108/4/1) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, Annex, 9.

[149] Veal (n 112) 2-3; Ringbom ve Collin (n 26) 7,8 ve 16; aynı yönde One Sea (n 145) 14.

[150] Ringbom ve Collin (n 26) 8.

[151] Bkz (n 132)

[152] Aynı yönde, Wright (n 19), 43-44; bkz. (n 54) ff; krş. Sözer (n 17) 51.

söylenebilecek ilk tasnif bakımından da benimsenmiştir.[153] Zaten, kategoriler arasında mevcut olduğu açıkça kabul edilen[154] geçişkenlik de ancak bu şekilde söz konusu olabilir. Fakat, IMO kategorileri ve kategorilerin tarifleri, tam tersine, kategorilerin durağan otonomi seviyelerinde işlemek üzere tasarlandığı izlenimi uyandırmaktadır.

IMO kategorilerinin otonomi seviyesi dışındaki esaslar bakımından da değişikliğe kapalı bir yapıda göründüğünü işaret etmek gerekir. Aslında, akıllı sistemlere sahip bir geminin tek bir sefer sırasında farklı otonomi seviyelerine geçiş yapmasına nispetle diğer özellikler bakımından kategoriler arasında geçişimin daha zor olduğu söylenebilir çünkü ilgili kategorilerde tarif edilen gemilerin teknik sınırlamalarını aşmak çok muhtemel görünmemektedir[155]: Örneğin insansız işleyeceği tasarlanan 3. ve 4. kategori gemilerde gemide insanların yaşaması ve çalışması için gerekli alanların bulunmayacağı düşünülürse gemide mürettebat bulunması mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde uzaktan kontrol kabiliyeti bulunmayan 1. Kategorideki bir geminin aynı sefer sırasında kontrol merkezinden işletilmesi olası görünmemektedir. Dolayısıyla kategorilerin esneklikten uzak bir yapıda tasarlandığı söylenebilir. Bununla birlikte kategorilerin otonomi seviyeleri bakımından müphem yapısı da dikkate alınırsa, IMO kategorilerinin "otonomi seviyeleri (*degrees of autonomy*)" şeklinde adlandırılmalarına rağmen[156], esasen bunları daha çok yeni tip gemilere ait teknik kabiliyet, otonomi seviyesi ve insan kontrolü gibi özelliklerinin belirli kombinasyonlar ile seçildiği şablonlar olarak kabul etmenin daha isabetli olduğu değerlendirilmektedir.[157] Bu seçimde, kuşkusuz, pragmatik sebeplerin rol oynadığını ifade etmek gerekir. Zira, dörtlü tasnife ilk kez yer verilen raporda Lloyd's Register tarafından tasarlanan yedi kademeli tasnif[158] ele alınarak, hukuki düzenlemelerin uygulanması bakımından bazı sorunların birden fazla kademe için benzerlik gösterdiği düşüncesiyle otonom gemileri dört temel kategoriye indirgeyen bir tasnif tercih edildiği ifade edilmektedir.[159] Sonraki oturumlarda da anılan kategoriler üzerinde geniş çaplı değerlendirmeler yapılarak daha detaylı kategorilerin benimsenmesi fikri teklif edilmişse de[160] nihai olarak kategorilerin özlü olması gereği işaret edilerek bu

[153] MSC 99/INF.3 (n 114) 6

[154] MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, para 3.5; MSC 99/WP.9 (n 101) Annex I,1.

[155] Krş Ringbom ve Collin (n 26) , 15.

[156] MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, para 3.5; MSC 99/WP.9 (n 101) Annex I, 1.

[157] Bkz. aynı yönde, MSC 107/5 (n 148) 7.

[158] Bkz. (n 87).

[159] MSC 99/INF.3 (n 114) 6.

[160] IMO, 'Considerations on and proposals for the methodology to use within the framework of the regulatory scoping exercise - Submitted by France' (MSC 99/5/4), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; IMO, 'Considerations on definitions for levels and concepts of autonomy - Submitted by Finland' (MSC 99/5/6), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; IMO, 'Recommendations on categorization and regulatory scoping exercise of MASS - Submitted by China and Liberia', (MSC 99/5/8), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Bkz. IMO 'Proposal for a classification scheme for degrees of autonomy - Submitted by ISO' (MSC 100/5/1), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

dört kategori üzerinde mutabık kalınmıştır.[161] Her ne kadar bu seviyeler arasında bir hiyerarşi olmadığı sıklıkla ifade edilmekteyse de[162] bu tasnifin altında yatan temel mantık muhtemel bir teknolojik gelişim sürecini izliyor gibi görünmektedir.[163] Bu bakımdan IMO kategorileri ile özellikle başlangıçta mürettebatlı olarak işletilecek olan ve öncelikle uzaktan kontrol kabiliyetleri olmak üzere gemi sistemlerinin test edileceği sürecin ardından mürettebatın gemiden ayrılarak tamamen uzaktan kontrol edilmesi ve nihai olarak da tam otonom şekilde işletilmesi planlanan Yara Birkeland'in gelişim süreci arasındaki paralellik dikkat çekicidir.[164]

Nihai olarak IMO'nun dörtlü tasnifinin mevcut hükümlerin otonom gemilere uygulanmasını ölçmek amacıyla temel bir ölçü olarak kullanılmasının isabetli olmadığı görüşündeyiz. Bu haliyle, mezkûr kategorilerin tanımlamaları otonom gemilere ilişkin temel kavramlar açısından uyumsuz olduğu gibi, işleyiş esasları açısından da yeterince açık değildir. Ayrıca, IMO'nun belirli prototipleri esas alarak otonom gemileri tasnif etmek yönündeki yaklaşımının değişken otonomi seviyelerinin kullanımını ve otonomi seviyeleri arasındaki geçişimin hukuki sonuçlarını göz ardı etmesi sebebiyle yanıltıcı olabileceği düşüncesindeyiz. Gerçekten de, bir geminin sözgelimi dört seviye ile ifade edilen bir tasnife göre sadece 1. veya 2. Kategoride bulunmasını kabul etmekle, sefer esnasında, değişen koşullara göre, bu seviyelerin herhangi birinde bulunabileceğini kabul etmenin belirli bir hukuki normun uygulaması açısından sonuçları son derece farklıdır. Çünkü, ikinci hal bakımından gerçekte ortada tek bir gemi mevcuttur. Dolayısıyla, değişken otonomi seviyelerinde işletilecek bir gemi bakımından, belirli bir hukuki düzenlemenin uygulanabilir olduğunu söylemek için sadece bir veya iki kategoriye uygulanabiliyor olması yeterli değildir, aksine ilgili düzenlemenin kategorilerin hepsi bakımından uygulanabilir olması gerekir. Bu bakımdan IMO'nun kapsam belirleme çalışması uyarınca COLREG hükümlerine ilişkin değerlendirmesi örnek verilebilir: COLREG'in bazı hükümlerinde kural "iyi denizcilik" ve "denizcilerin teamülü" gibi açıkça insana ait kavramlarla ifade edilmektedir.[165] COLREG'in bir bütün olarak incelendiği IMO'nun kapsam belirleme çalışması sonucunda kategoriler tek tek değerlendirilerek ilgili düzenlemelerin uygulanabilmesi için 1. Kategori gemiler bakımından geniş yorumlanmasını, 2 ve 3. Kategoriler bakımından geniş

[161] IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its one hundredth Session' (MSC 100/20), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, sf. 11; özellikle Sekretaryanın kategori sayısının arttırılmasının çalışmanın tamamlanması için gereken süreye etki edeceğine dikkat çektiği raporu işaret etmek gerekir, bkz. IMO 'Comments on document MSC 100/5 - Note by the Secretariat' (MSC 100/5/4), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, para 6.

[162] MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, para 3.5; MSC 99/WP.9 (n 101) annex I, 1.

[163] Krş. Veal (n 112) 2-3.

[164] Kongsberg Maritime, 'YARA and KONGSBERG enter into partnership to build world's first autonomous and zero emissions ship' (9 Mayıs 2017) <https://www.kongsberg.com/zh-hans/maritime/about-us/news-and-media/news-archive/2017/yara-and-kongsberg-enter-into-partnership-to-build-worlds-first-autonomous-and/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; Ship technology, 'YARA Birkeland Autonomous Container Vessel' (5 Ekim 2017), <https://www.ship-technology.com/projects/yara-birkeland-autonomous-container-vessel/?cf-view> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

[165] Bkz. COLREG 1972 Madde 8(*good seamanship*) ve Madde 2 (*ordinary practice of seamen*).

yorumlanması ve / veya değişiklik yapılması gerekeceğini, 4. Kategori bakımından ise değişiklik yapılması gerekeceği sonucuna varılmıştır.[166] Benzer olarak literatürde konuyu inceleyen yazarlar[167] da ikili bir ayrımla uzaktan kontrol edilen gemilerde kontrol merkezi operatörüne bu hükmün uygulanabileceğini fakat eğer tam otonom bir gemi söz konusu ise burada bir insandan bahsetmek mümkün olmadığı için ilgili hükmün gereğinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.[168] İncelemede sağladığı kolaylık bakımından bu tür bir ayrımın pragmatik bir çözüm teşkil ettiğini yadsımak mümkün olmasa da konunun bu şekilde basite indirgenerek incelenmesinin yanıltıcı olabileceği kanaatindeyiz. Zira, eğer, yukarıda kabul edildiği gibi[169], otonom gemilerin otonomi seviyesinin değişkenlik göstereceği, 3. Kategoride bulunan bir geminin sefer esnasında rutin olarak "kısıtlı otonomi" seviyesinde de işleyebileceği ve bu seviyede de geminin kontrolünde esasen insan değil de makinenin etkin olduğu göz önünde bulundurulursa bu türden gemiler bakımından da hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağını işaret etmek gerekir. Ancak kapsam belirleme çalışmasında 4. Kategori haricindeki kategoriler bakımından ilgili hükümlerin geniş yorumlanması halinde uygulanma kabiliyeti bulunduğu sonucuna varılmıştır.[170] Bir başka örnek ise Lahey Kuralları'nın (LK) IV. 2 (a) hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak verilebilir: IMO'nun kapsam belirleme çalışması içerisinde bulunmasa da Lahey ve Lahey – Visbi Kuralları hükümlerinin yeni tip gemilere uygulanması doktrinde sık olarak incelenen bir konudur. Bu bağlamda Lahey Kuralları Madde IV.2(a) hükmünün otonom gemilere uygulanmasını değerlendiren yazarların da, aynı şekilde, konuyu IMO'nun kategorilerine atıfla uzaktan kontrol edilen gemiler ve tam otonom gemiler bağlamında ikili bir ayrıma giderek incelediği görülmektedir: Buna göre, kumanda merkezi personeli IV.2 (a) hükmünün bahsettiği anlamda kaptan, mürettebat veya taşıyanın adamları olarak kabul edilebileceği için hüküm uzaktan kontrol edilen gemiler bakımından uygulanabilir; ancak, tam otonom gemilerde gemi sistemlerini taşıyanın adamı olarak saymak mümkün olmadığı için hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.[171] Benzer şekilde burada da bu iki kategorinin aslında uygulamada aynı gemi olarak ortaya çıkacağı göz ardı edilmiştir: Tam otonom gemi için yapılan değerlendirme değişken otonomi seviyesinde işleyecek tüm gemiler için

[166] MSC.1/Circ.1638 (n 100) Annex, 86; IMO, 'Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) : Summary of results of the second step and conclusion of the RSE for the International Regulations for Preventing Collisions at Sea 1972 (COLREG) Submitted by the Marshall Islands' (MSC 102/5/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024 Annex 3, 1

[167] Paul Dean ve Henry Clack, 'Autonomous shipping and maritime law', iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 67, 76; Tsimplis ve Veal (n 63) 325; Frank Stevens, 'Seaworthiness and good seamanship in the age of autonomous vessels good seamanship', iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 243, 252; krş. Baughen (n 59) 133; krş. Gözüyeşil (n 134) 213-214.

[168] Yılmaz (n 16) 302.

[169] Bkz. (n 126)'i takip eden cümle.

[170] Bkz (n 166).

[171] Simon Baughen, 'Unmanned Vessels and International Conventions for the Carriage of Goods by Sea' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *Artificial intelligence and autonomous shipping: developing the international legal framework* (Bloomsbury, 2021) 87- 88; Stevens (n 75) 159 ve 161; Yılmaz (n 16) 248-249.

geçerlidir, zira bunlar bakımından da seferin büyük bir bölümünde gemi kumanda merkezi personelinin değil makinenin yönetimi altında bulunabilir. Dolayısıyla, burada 3 ve 4 no'lu IMO kategorileri arasında bir ayrıma gitmek yanıltıcıdır: LK IV.2(a) sadece tam otonom gemiler açısından uygulanma kabiliyeti bulunmayan bir hüküm değildir, değişik otonomi seviyesinde işleyecek bütün otonom gemiler bakımından ilgili hükmün uygulanamayacağı haller mevcuttur.

IMO'nun dörtlü tasnifi yeni tip gemilere ilişkin teknik kavramlar ile uyumsuzluğu ve yanıltıcı sonuçlara yol açmasının yanı sıra otonomi seviyelerinin ele alınma biçimi, yeni tip gemilerin hayata geçmesi için elzem bir teknoloji olarak görülen değişken otonomi seviyelerinin muhtemel etkilerini de maskelemektedir. Örneğin Lahey Kuralları'nın yeni tip gemilere uygulanması bakımından yapılan incelemeler genellikle bu tür gemilerin LK III.1 bağlamında sefere elverişli kabul edilip edilemeyeceği veya yukarıda değinildiği gibi LK IV.2 (a) hükmünün yeni tip gemilere uygulanıp uygulanamayacağı hususunda yoğunlaşmaktadır.[172] Ancak LK'nın bu bağlamda uygulanması açısından daha önemli bir sorun mevcuttur: Değişken otonomi seviyesiyle işleyen gemilerin pek çoğu bakımından söz konusu olacağı üzere, gemi üzerindeki kontrolün gemi sistemlerine veya makineye ait olduğu hallerde gerçekleşecek zararlar bakımından taşıyanın sorumluluktan kurtulması son derece kolay görünmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, geminin açık denizde "kısıtlı otonomi" seviyesinde işlediği bir safhada, gemi sistemlerinin makine öğrenmesinin doğasından kaynaklanan kısıtlar sebebiyle sözgelimi suya gömülü bir buz dağı veya buz kütlesi üzerinde bulunan kuşları, sadece deniz yüzeyinde bulunan kuşlar olarak algıladığını ve geminin son ana kadar tehlikeden kaçınmak için manevra yapmadığını, gecikme sonucunda da geminin buz dağına çarparak su aldığını ve taşınan yüklerin hasara uğradığını varsayalım. Deniz kazalarında asli etkenin insan hatası olduğunu gösteren çalışmalar ışığında, geminin sevk ve idaresini otonom sistemlerin devralmasının seyir güvenliğini arttıracağını dolayısıyla da bu tür kazaların gerçekleşme ihtimalinin düşük olduğunu söylemek mümkündür.[173]

[172] ibid

[173] Nitin Chopra, 'Human Error Remains Key Factor in Global Shipping Claims' (Lloyd's List 8 Ağustos 2018) <https://www.lloydslist.com/LL1123789/Human-error-remains-key-factor-in-global-shipping-claims> Erişim 23 Ağustos 2024; AAWA (n 30) 10

Öte yandan, otonom sistemlerin karayolunda[174] ve havacılıkta[175] kullanılan nevileri dolayısıyla edinilen tecrübeler bizatihi makinenin icra ettiği kararların da kazalara sebebiyet verebileceğini göstermektedir. O halde, ağırlıklı şekilde makine öğrenmesi metotlarına dayalı olarak faaliyet gösterecek otonom gemiler açısından da, çok sık olması beklenmemekle birlikte, yukarıdaki örneğe benzer kazaların gerçekleşmesi ihtimali mevcuttur.[176] Üstelik, yukarıda değinildiği gibi[177], bu tür gemilerde işleyecek otonom sevk ve idare sistemlerinin öğrenme süreci ve verilen kararların şeffaflıktan uzak yapısı sebebiyle söz konusu kazaların beklenmedik ve sonradan kolaylıkla açıklanamayacak nitelikte gelişmesi muhtemeldir.[178] Otonom gemi sistemlerinin programlanma aşamasında somut bir eksiklik veya hatadan kaynaklanan ve dolayısıyla sistemi hazırlayanlara karşı ürün sorumluluğu çerçevesinde başvurulabileceği ifade edilen hallerin aksine bu tür kazalar genellikle sistemin işlemesi gerektiği gibi işlediği, dolayısıyla programda bir kusur veya ayıptan bahsetmenin mümkün olmadığı hallerdir.[179] Benzer şekilde bu türden kazaların, geminin sensör veya alıcılar gibi teknik aksamında bilinen veya mutat bir arızanın giderilmesindeki ihmalin sebep olduğu vakalardan farklı olarak, taşıyanın gereken tüm özeni göstermesi halinde tespit edilmesi mümkün bir eksiklik veya arıza niteliği taşımayacağı dolayısıyla da Lahey Kuralları bağlamında taşıyanın sefere elverişsizlikten dolayı sorumlu tutulamayacağına işaret etmek gerekir.[180] O halde, yukarıdaki örnek bağlamında oluşacak zararlardan dolayı yükle ilgililerin taşıyana karşı LK Madde III.2 bağlamında yüke özen sorumluluğu uyarınca başvurması olasıdır. Bu tür bir örnekte geminin sevki kaptan, mürettebat veya kumanda merkezi operatörü tarafından değil de doğrudan gemi sistemleri tarafından gerçekleştirildiği için taşıyanın IV.2 (a) hükümlerine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün

---

[174] Örneğin Tesla 'oto-pilot' özelliğinin devrede olduğu araçların çok sayıda kazaya karıştığı, bunların on üç tanesinin ölümcül nitelikte olduğu ifade edilmektedir, bkz. The Guardian, 'Tesla Autopilot feature was involved in 13 fatal crashes, US regulator says' (26 Nisan 2024) <https://www.theguardian.com/technology/2024/apr/26/tesla-autopilot-fatal-crash> Erişim 23 Ağustos 2024; benzer şekilde Uber'in otonom sürüş gerçekleştiren bir aracını kontrol eden sürüş sisteminin, şehir içinde yolda bisikleti elindeyken karşıdan karşıya geçen yayayı ne yaya ne de bisikletli olarak algıladığı, bunun sonucunda da son ana kadar yayaya çarpmamak için herhangi bir manevra veya fren yapmadığı kaza bu bağlamda ilginç bir örnek teşkil eder, bkz US National Transportation Safety Board, 'Highway Accident Report: Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018' (Washington 19 Kasım 2019) <https://www.ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf#page=59.68> Erişim 23 Ağustos 2024, sf. 16-17.

[175] Özellikle son yıllarda Boeing 737 Max tipi uçakların ani ve şiddetli biçimde uçağın ani şekilde burun istikametinde pike yapması sebebiyle yere çakıldığı kazaların gerçekleşmesinde doğrudan uçuş bilgisayarının ve uçağın kontrol sistemlerinin, uçağın perdövitese (*stall*) girmesine engel olmak için gerçekleştirdikleri müdahalenin asli rol oynadığının saptandığı vakalar bu bağlamda güncel bir örnek teşkil eder, bkz. Gregory Travis, 'How The Boeing-737 Max Disaster Looks to a Software Developer' (IEEE Spectrum, 18 Nisan 2019) <https://spectrum.ieee.org/how-the-boeing-737-max-disaster-looks-to-a-software-developer> Erişim 23 Ağustos 2024

[176] Erik Rosaeg, 'Diabolus ex machina: When an autonomous ship does the unexpected' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 125; AAWA (n 30) 60.

[177] Bkz. (n 40)

[178] Rosaeg (n 176) 125.

[179] Vibe Ulfbeck, 'Autonomous ships and product liability under the EU directive' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 147- 148; Özdel (n 24) 678-679.

[180] Stevens (n 75) 154-155; benzer şekilde LK IV.2(p) anlamında bir kusur bulunmadığı da söylenebilir, Özdel (n 24) 679.

değildir.[181] Öte yandan burada LK md. IV.2(q) hükmünün uygulanması mümkün görünmektedir. Zira anılan madde uyarınca, taşıyanın kendi fiil veya ihmalinden ya da taşıyanın temsilcilerinin veya adamlarının fiil veya ihmallerinden kaynaklanmayan nedenlerden doğan veya kaynaklanan zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluktan kurtulması mümkündür. Yukarıdaki örnekte zararın sebebini gemiyi sevk ve idare eden otonom gemi sistemlerinin kararıyla gecikmeli olarak gerçekleştirilen komut ve manevralar teşkil ettiği için burada taşıyanın veya adamlarının kusurundan kaynaklı bir zarar mevcut olmadığını söylemek mümkün görünmektedir. O halde, Lahey Kurallarının uygulandığı hallerde, yeni tip gemiler vasıtasıyla ifa edilen navlun sözleşmeleri uyarınca geminin yüksek otonomi seviyelerinde bulunduğu sırada gerçekleşen zararlar bakımından taşıyanın sorumluluğuna gitmek neredeyse imkânsız görünmektedir. İşleyiş esasları bakımından "kısıtlı otonomi" seviyesinde işletilecek gemilerin hayata geçmesi en muhtemel otonom gemi tipi olduğu[182] ve bu seviyede işletilen gemilerin neredeyse "tam otonom" gemi gibi seyir gerçekleştirdiği göz önünde bulundurulursa, Lahey Kuralları'nın yük ve taşıyan menfaatleri arasında tesis ettiği dengenin yeni tip gemilerin kullanımı vasıtasıyla taşıyan lehine bozulmuş olacağına işaret etmek gerekir. Ancak, tespit edilebildiği kadarıyla, şu ana kadar yapılan incelemeler bakımından bu yönde bir sorun ifade edilmemiştir. Kuşkusuz burada IMO kategorileri temelinde yapılan incelemelerde tam otonom gemilerin yakın gelecekte uygulamaya geçmesinin muhtemel görülmemesinin etkisi olmalıdır.[183] Yukarıda değinildiği gibi, IMO kategorileri bakımından geminin dördüncü kategori dışında nihai olarak hep insan kontrolünde olduğu kabul edildiği için, geminin sevk ve idaresinin makinede bulunduğu hallerde mevcut hükümlerin uygulanması bakımından doğabilecek sorunlar ikinci planda kalmış görünmektedir. Ancak bu çalışmada açıklamaya çalıştığımız üzere bu tür bir işleyişin teknik esaslar açısından karşılığı yoktur. Dolayısıyla, tam otonom gemi olmaları gerekmeksizin, değişken otonomi seviyeleri ile işleyecek yeni tip gemilerin tümü bakımından kontrolün sadece makinede bulunacağı safhalar mevcut olacaktır. Hatta, bunlar kuvvetle muhtemel olarak geminin seferinin büyük bir kısmına tekabül edecektir. Kâğıt üstünde, bu tür gemilere Lahey Kuralları'nın uygulanması bakımından IV.2(q) hükmünün herhangi bir sorun teşkil etmediği söylenebilir. Ancak, hükmün otonom gemiler bağlamında uygulanması düzenlemenin amacı bakımından uyumsuzdur. Dolayısıyla, IMO kategorileri esas alınarak mevcut hükümlerin yeni tip gemilere uygulanmasına dair yapılacak değerlendirmeler yanıltıcı olabileceği gibi, bu hükümler bakımından ortaya çıkabilecek esaslı sorunların da tespitini de engellemektedir.

Doktrinde benimsenmiş diğer kategoriler bakımından da bazı sorunların bulunduğunu işaret etmek gerekir. Örneğin, Ringbom ve Collin tarafından

[181] Özdel (n 24) 688 vd.

[182] Porathe vd (n 31) 424.

[183] Veitch ve Alsos (n 8) 9 ve 16.

örneklendirilen altı seviyeli tasnif[184] açısından da kategori tariflerinin eleştiriye açık olduğu söylenebilir. Mesela anılan yazarlarca da açıkça kabul edildiği gibi geminin mürettebatlandırılması kavramı bakımından gemide bulunan mürettebat ile kontrol merkezi personeli arasında bir fark bulunmamalıdır.[185] O halde geminin, gemideki mürettebat tarafından ya da kontrol merkezi personeli tarafından işletildiği hallerde ya da bu ikisinin değişimli olarak görev yapmaları halinde de gemi mürettebatlandırılmış sayılır.[186] Ancak, örneklendirilen kategoriler bakımından mürettebat kavramının sadece gemide bulunan mürettebatı kastedecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.[187] Zira gemideki mürettebatın görevde bulunmadığı, geminin uzaktan kontrol merkezi personeli kontrolünde bulunduğu haller bakımından dahi gemi "Fasılalı olarak mürettebatsız" olarak adlandırılmıştır. Gemide mürettebat bulunmasının mevcut hukuki düzenlemeler ile uyum bakımından önemi göz önünde bulundurulduğunda[188] bu durum anlaşılır bulunabilirse de söz konusu tanımlama otonom gemilere ilişkin olarak yazarların çizdiği temel kavramsal çerçeve ile çelişmektedir.[189] Öte yandan, bu gemilerin fasılalı olarak olsa dahi "mürettebatsız" kaldığını söylemek de yanıltıcıdır, zira gemide mürettebat bulunmaktadır.[190] Yazarların da ifade ettiği gibi, yürürlükteki kuralların büyük çoğunluğu bakımından sadece gemide bulunan mürettebatın esas alındığı düşünülürse bu gemileri "mürettebatsız" olarak tarif etmenin isabeti de ayrıca tartışmaya açıktır.[191]

## 2. Mevcut Hükümlerin Yeni Tip Gemilere Uygulanmasını Ele Alan Değerlendirmeler Açısından Temel Kıstaslar

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, mevcut hükümlerin uygulanma kabiliyetini ölçen çalışmalar bakımından incelenen kategorilerin esas alınmasının elverişli olmadığını söylemek mümkündür. Yine de bu tür bir değerlendirme bakımından kategorilerin bütünüyle işlevsiz olduğu söylenemez. Zira otonom gemilerin belirli şekillerde kategorize edilmesinin gemilerin işleyiş esaslarını somutlaştırmak gibi bir fonksiyonu bulunmaktadır. Böylelikle, yeni tip gemilerin konvansiyonel gemilere ilişkin farklılıklarını daha belirgin olarak ortaya koymak mümkün olacaktır. Bu tür bir belirlemenin de mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetini ölçmek için gereken temel kıstasları belirlemek için asli önem taşıdığını düşünmekteyiz. Ancak bunun için soyut kategoriler yerine hâlihazırda uygulamaya geçen prototiplerden yola çıkılmasında isabet görülmektedir. Bu bağlamda ilk akla

184 Bkz. (n 144).

185 Ringbom ve Collin (n 26) 11.

186 ibid.

187 ibid, 17.

188 ibid, 12

189 ibid, 11.

190 Bu husus Ringbom tarafından da açıkça teyit edilmektedir, bkz. Ringbom (n 85) 145, dn. 15.

191 Ringbom ve Collin (n 26) 12.

gelen örneklerden olan *Yara Birkeland* 2022 yılından beri Norveç'in Herøya ve Brevik limanları arasındaki 11 millik rotada toplam 175 sefer gerçekleştirmiştir.[192] Anılan seferlerde gemi, bordada bulunan üç kişilik mürettebatın denetimi altında, otonom şekilde seyir gerçekleştirmektedir fakat bazı işlemler, mesela geminin rıhtıma bağlanması (palamarlanması), halen insan yardımıyla gerçekleştirilmektedir.[193] Buna ilave olarak IMO çalışmaları bağlamında çalışma grubunun dikkatine sunulan örneklerden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki Rusya tarafından rapor edilen *Marshal Rokossovsky* ve *General Chernyakhovsky* ismini taşıyan iki ro-ro gemisine ait başarıyla gerçekleşen denemelerdir.[194] Anılan testlerde gemiler Ust-Luga – Baltiysk limanları arasındaki yaklaşık 500 millik rotada sefer gerçekleştirmektedir. Gemilerin denizde "manuel kontrol devralınabilir şekilde uzaktan kontrollü" olarak, yoğun trafik bulunan bölgeler ve liman girişlerinde ise "karar destekli ve manuel kontrol" esaslarıyla işletileceği ifade edilmektedir. [195] Bir başka örnek ise Güney Kore tarafından Panama kanalı ile Japonya'nın güney batı kıyıları arasındaki rotada okyanus aşırı deneme seferi gerçekleştiren *Prism Courage* isimli LNG gemisidir.[196] Dört farklı seviyede işleyebilen gemi, anılan seferde gemide bulunan mürettebatın denetiminde üç yüz saati aşkın bir süre boyunca onay işlemleri dışında insan müdahalesine ihtiyaç kalmaksızın seyir gerçekleştirmiştir.[197] Diğer bir örnek ise Japonya'nın "Meguri 2040" projesi kapsamında aralarında konteyner gemisi, yolcu gemisi ve ro-ro gemisi gibi değişik tür gemiler ile gerçekleştirdiği denemelerdir.[198] Anılan denemelerde bazıları mürettebatlı[199], bazıları da mürettebatsız şekilde işletilen gemiler aralarında çok yoğun gemi trafiğinin bulunduğu Tokyo körfezi gibi bölgeler de olmak üzere Japonya kıyılarında bir dizi sefer gerçekleştirilmiştir.[200] Söz konusu denemelerde trafiğin yoğun olduğu bölgelerde dahi gemilerin, gerektiğinde geminin sevk işlemlerini de devralabilecek uzaktan kontrol merkezinin denetimi altında, başarılı şekilde seyir gerçekleştirdiği ifade edilmektedir.[201]

---

192 Yara, 'Yara Birkeland, two years on' (28 Nisan 2024) <https://www.yara.com/knowledge-grows/yara-birkeland-two-years-on/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

193 ibid.

194 IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships: Report on experiments of MASS operations - Submitted by the Russian Federation' (MSC 108/4/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

195 ibid, 2. Geminin mürettebat durumuna ilişkin herhangi bir bilgi verilmemiştir.

196 IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS): Results of a transoceanic voyage test with autonomous navigation system -Submitted by the Republic of Korea' (MSC 107/INF.18) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, sf. 2.

197 ibid

198 IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS):Results of demonstration tests of fully autonomous ship navigation on "MEGURI 2040" Submitted by Japan' (MSC 106/INF.4) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

199 Bkz. ibid, annex 4, 1.

200 MSC 106/INF.4 (n 198) 3 ff; ibid, annex I, 1.

201 ibid, annex I, 2.

Yukarıdaki örnekler ışığında mevcut otonom gemi modelleri ile ilgili bazı temel noktaların saptanmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Öncelikle, tasarımların bazıları diğerlerine göre daha yüksek otonomi seviyesinde işlemekteyse de örneklerin hepsinde gemi kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirebilmektedir. Ayrıca, hepsi bakımından ortak bir husus sefer sırasında, ilgili seviyeler farklı şekillerde tarif edilse de, geminin manuel şekilde insanlar tarafından kontrol edileceği, onay verildikten sonra hareket edebileceği veya insanların sadece izleme fonksiyonu bulunan farklı işleyiş seviyeleri arasında geçiş yapabileceğinin öngörülmesidir. Dolayısıyla mevcut tasarımlar açısından değişken otonomi seviyelerinde işletim prensibinin benimsendiğini büyük bir kesinlikle işaret etmek mümkündür. Gemilerin, bu görevin gemideki mürettebat tarafından üstlenildiği, birisi hariç[202] hepsinde geminin işleyişi ile ilgili izleme ve müdahale görevleri bulunan bir uzaktan kontrol merkezi öngörülmektedir. Bu gemilerin bazılarında mürettebat bulunmazken, bazı gemilerde ise hem kontrol merkezi hem de mürettebatın bulunduğu görülmektedir.

Konvansiyonel gemiler ile bu örneklerdeki otonom gemiler karşılaştırıldığında kaçınılmaz olarak bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Gemiler geçmişten bu yana kullanılan materyaller, inşa teknikleri ve tahrik sistemleri gibi değişik açılardan büyük değişimler geçirmiş olsalar da, icat edildikleri ilk günden beri geminin sevk ve idaresi gemi üzerinden, gemide bulunan kaptan ve mürettebat vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.[203] Yukarıdaki örnekler ışığında açıkça görüldüğü üzere, yeni tip gemiler bakımından ise gemide mürettebat bulunmaması mümkün olduğu gibi, geminin sevk ve idaresi gemi dışındaki bir yerden gerçekleştirilebileceği gibi yüksek otonomi seviyelerinde sevk ve idarenin insan tarafından değil de bir makine tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Mevcut hukuki düzenlemeler konvansiyonel gemiler esas alınarak kaleme alındığı için gemiler arasındaki bu başat farklılıkların yeni tip gemilere uygulanma kabiliyeti bakımından da temel kıstasları oluşturacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, ilk değişkenin (parametre) geminin sevk ve idaresine ilişkin karar alma ve icra yetkisinin kime veya neye ait olduğu ya da başka bir deyişle kumandanın insanda mı yoksa gemi sistemlerinde mi olduğu olarak ifade edilebilir.[204] Sorunun cevabı geminin otonomi seviyesine göre değişkenlik gösterecektir: geminin "sıfır otonomi" veya "denetimli otonomi" seviyelerinde işlediği hallerde nihai karar yetkisi insanda bulunmakta, gemi "kısıtlı otonomi" seviyesinde işlemekteyse de artık, kural olarak, karar yetkisi gemi sistemlerinde bulunmaktadır.[205] Bu durum mevcut hukuki düzenlemelerin uygulanması bakımından yukarıda değinildiği gibi, özellikle insana ve kusur veya "iyi bir denizci" gibi insana has özelliklere atıf yapan hukuki

[202] *Prism Courage,* bkz. MSC 107/INF.18 (n 196).

[203] IMO, 'Draft Internatıonal Code of Safety for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS CODE)' (MSC 105/7/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024. Annex, 1, para 1.

[204] MSC 99/INF.3 (n 114) 7.

[205] Bkz. (n 86) vd.

düzenlemeler bakımından özellik gösterir.[206] İkinci değişken ise, yine konvansiyonel gemiler ile aradaki en önemli farklardan biri olarak kabul edilebilecek olan, gemide mürettebat bulunup bulunmadığı hususudur. Mevcut düzenlemeler açısından başta geminin sefere elverişliliği olmak üzere pek çok hukuki mesele bakımından gemide mürettebat bulunacağı varsayılmaktadır.[207] Dolayısıyla mevcut hükümlerin uygulanması bakımından mürettebatsız gemiler hayli önemli sorunlar teşkil etmektedir. Son değişken olarak ise geminin nereden sevk ve idare edildiği hususunu işaret etmek gerekir. Yeni tip gemiler bakımından geminin uzaktan kontrol kabiliyeti mevcut ise geminin gemi dışından yönetilmesi mümkün hale geldiğini söylemek mümkündür. Yukarıda ifade edildiği üzere, uzaktan kontrol gemi üzerinde insan kontrolü sağlamanın alternatiflerinden birisi olacaktır. Dolayısıyla mürettebatsız gemiler bakımından ortaya çıkması muhtemel bazı sorunların uzaktan kontrol merkezinin mürettebata işlevsel denkliğini kabul etmek vesilesiyle çözülebilmesi olası görünmektedir. Ancak mevcut bazı hükümler geminin idaresine ilişkin bazı görev ve fonksiyonların doğrudan gemi bordasından gerçekleşmesine hüküm bağlamaktadır.[208] Bu tür hükümler bakımından geminin uzaktan kontrol merkezinden yönetilmesi kaçınılmaz olarak özellik gösterecektir.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde mevcut hükümlerin uygulanması bakımından yapılacak incelemelerde şu üç sorunun cevabının önem arz edeceği söylenebilir:

I. Geminin sevk ve idaresi kim/ne tarafından gerçekleştirilmektedir? (*İlgili hüküm gemiyi insan kontrol etmiyorsa uygulanabilir mi?)*

II. Geminin sevk ve idaresi nereden gerçekleştirilmektedir? (*İlgili hüküm geminin sevk ve idaresine ilişkin iş ve görevler geminin bordasından değil de başka bir yerden gerçekleştiriliyorsa uygulanabilir mi?*)

III. Gemide mürettebat var mıdır? (*İlgili hüküm gemide mürettebat yoksa uygulanabilir mi?*)

Bu bağlamda, kural olarak, mevcut hükümlerin uygulanması bakımından yeni tip gemilerin işletilme esasları açısından mürettebatlı şekilde işletilen, geminin sevk ve idaresinin gemide bulunan mürettebat eliyle ve gemi bordasından gerçekleştiği konvansiyonel gemilerden farklılık gösterdiği nispette zorluklar barındıracağı işaret edilebilir. Bir başka deyişle, mevcut düzenlemelerin uygulanması bakımından bu hususlar sorun teşkil etmesi muhtemel noktaları oluşturmaktadır. Örneğin, birinci soruya verilecek cevabın "insan" olması halinde hükmün uygulanması bakımından

[206] Ringbom ve Collin (n 26) 13.

[207] ibid, 11

[208] International Convention on Standards of Training Certification and watchkeeping for Seafarers 1978 (STCW) Kural VIII/2(2)(1) ve (3); ibid, 12.

herhangi bir sorun beklenmemekteyse de cevabın "makine" olması halinde kusur sorumluluğunu esas alan bir düzenleme kuvvetle muhtemel olarak otonom gemiye uygulanamayacaktır. Parantez içerisindeki ek sorular bu duruma dikkat çekmek için eklenmiştir. Ayrıca bu şekilde ifade edilen kıstasların, incelemeyi birbirine zıtlık içeren iki uçlu (*binary*) bir eksene hapsetmek yerine esneklik barındıran cevapların da dikkate alınabilmesine imkân sağladığı söylenebilir.[209] Zira yukarıdaki örnekte eğer cevap, değişken otonomi seviyesine sahip gemilerde olacağı gibi, "bazen insan, bazen makine" şeklindeyse, bu halde de makine tarafından verilecek kararların hükmün uygulanmasında zorluklar teşkil edeceğini saptamak mümkündür. Bu şekilde hangi hükmün hangi kategorideki gemiye uygulanacağı yerine, otonom gemilerin muhtemel işletim esasları ile daha uyumlu şekilde, hangi hükmün hangi hallerde uygulanabileceğini tespit etmek olanaklı olacaktır. Böylece, soyut olarak, sadece belirli bir otonom gemi kategorisiyle sınırlı kalmaksızın ortak özellik gösteren bütün yeni tip gemiler bakımından ihtiyaç duyulacak hükümleri saptamak mümkün hale gelmektedir.

Bu çalışmada incelenen kategoriler bakımından da esasen yukarıdaki kıstasların belirli ölçüde dikkate alındığı görülmektedir: örneğin IMO'nun dörtlü kategorilerine esas oluşturduğu söylenebilecek ilk tasnif bakımından da hukuki düzenlemelerin uygulanmasının "karar alma salahiyetinin kimde olduğu" ve "karar alma salahiyetinin nereden kullanıldığı" şeklinde iki temel soru odağında ele alınmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.[210] Benzer şekilde, Ringbom ve Collin tarafından da yeni tip gemilerin işletilmesi bakımından mürettebat ve otonomi seviyesi temel kıstaslar olarak işaret edilmiştir.[211] Ancak ilgili kıstasların, oluşumlarına etkili olduğu ileri sürülebilecek olsa da, kategoriler vasıtasıyla etkinliğinin sınırlandırıldığı görüşündeyiz. Nitekim, karar alma salahiyetinin kimde olduğu sorusu IMO kategorileri içinde kaybolmuş görünmektedir, zira, yukarıda değinildiği üzere, pek çok değerlendirmede sadece 4. Kategori bakımından cevabın makine olduğu, bu kategorinin de istisnai bir konumda bulunduğu kabul edilmektedir. Buna ilave olarak, hukuki düzenlemelerin uygulanma kabiliyetinin ölçülmesi bakımından ilgili kategorilerin bazılarının fonksiyonu bulunmadığı değerlendirilmektedir. Gerçekten de, iki tasnif bakımından da ilk kategorideki gemilerin, mevcut hükümlerin uygulanması bakımından, konvansiyonel gemilerden farkı bulunduğunu söylemek zordur. Ya da, mesela Ringbom ve Collin tarafından yapılan tasnife göre ikisinde de nihai karar makine tarafından verileceğine göre geminin "kısıtlı otonomi" seviyesinde bulunması ile "tam otonomi" seviyesinde bulunmasının mevcut hükümler bakımından özellik göstereceği hallerin sınırlı olduğu söylenebilir. IMO'nun kapsam belirleme çalışmasında yapıldığı gibi hükümlerin uygulanması bakımından her bir kategorinin ayrı ayrı esas alınarak belirli bir normun

[209] Krş. Ringbom ve Collin (n 26) 8.

[210] Bkz. MSC 99/INF.3 (n 114) 6.

[211] Ringbom ve Collin (n 26) 16.

uygulanmasının incelenmesi usulünü benimseyen değerlendirmeler bakımından bu durum incelemeyi gereğinden fazla karmaşık hale getirerek, iş yükünü hatırı sayılır derecede arttırmaktadır.[212]

Yukarıda değinilen otonom gemi prototiplerinin geminin değişken otonomi seviyelerinde işletilecek şekilde ve geminin teknik kabiliyetleri ile üzerindeki insan kontrolü seviyesinin farklı kombinasyonlardaki örneklerle uygulamaya geçeceği görülmektedir. Mevcut hukuki düzenlemelerin yeni tip gemilere uygulanması bakımından yapılacak incelemelerde dolaylı şekilde kategoriler üzerinden değil de doğrudan yukarıda ifade edilen üç sorunun cevabına yönelik bir değerlendirmenin daha uygun olacağı görüşündeyiz. Bu şekilde yapılacak analizler hem temel değişkenlerin esnekliği bakımından uygulamada yaygınlaşması muhtemel tasarımların teknik özellikleri ile daha yakın şekilde örtüşmekte hem de inceleme açısından özellik göstermeyecek kategorileri ele almak riski taşımamaktadır. Böylece hem mevcut hükümlerin uygulanma kabiliyetini ölçmek hem de ileride ihtiyaç duyulabilecek hukuki düzenlemeleri tespit etmek bakımından daha isabetli sonuçlara ulaşmanın mümkün olacağı değerlendirilmektedir.

## V. Sonuç

Bu çalışmanın iki temel hedefi olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, yeni tip gemilere ilişkin sıklıkla kullanılan başta otonomi olmak üzere, yapay zekâ, uzaktan kontrol ve mürettebat gibi kavramların anlam ve fonksiyonları üzerinde durularak, yeni tip gemilere ilişkin incelemeler bakımından ortak bir kuramsal zeminin oluşturulmasına katkıda bulunmaktır. Zira, yeni tip gemilere uygulanacak düzenlemeleri incelemek üzere gerçekleştirilen hukuki incelemeler bakımından bu kavramlar konvansiyonel gemiler ile yeni tip gemiler arasındaki farkların ortaya konulması hususunda önemli bir rol oynamaktadır. Mevcut hükümlerin yeni tip gemilere uygulanmasını değerlendirmek veya bu türden gemilerin ihtiyaç duyacağı düzenlemeleri belirlemek hususunda yapılan çalışmalar açısından ise söz konusu farkların isabetli şekilde tespit edilmesi elzemdir. Çalışmanın ikinci hedefi ise, yeni tip gemilere uygulanacak hükümler hakkında yapılan çalışmalar bakımından, artık IMO tarafından dahi güncel çalışmalar kapsamında temel alınmayan, IMO otonom gemi kategorilerinin temel ölçü olarak alınmasının yerinde olup olmadığını sorgulayarak, daha esnek bir inceleme ve daha isabetli sonuçlara ulaşmayı mümkün kılacak kıstaslar teklif etmektir. Bu doğrultuda, çalışmada yeni tip gemilere ilişkin işleyiş esasları ışığında başta otonomi olmak üzere ilgili temel kavramlar üzerinde durularak, mevcut hukuki düzenlemelerin otonom gemilere uygulanmasını inceleyen çalışmalar açısından IMO kategorilerinin işlevi eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmiştir. Sonrasında da

[212] Henrik Ringbom, 'Developments, Challenges and Prospects at the IMO' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 58; bkz. (n 121)

konvansiyonel gemiler ile yeni tip gemiler arasındaki farklardan yola çıkarak bu tür tetkikler bakımından daha uygun olacağı düşünülen kıstaslar saptanmaya çalışılmıştır.

Yeni tip gemilerin uygulamaya geçişi açısından, yeni teknolojilerin kullanımı, gemi üzerinde insan kontrolü sağlanması ve otonomi olmak üzere üç temel kavramın öne çıktığı görülmektedir. Bu türden gemileri ifade etmek için de sıklıkla kullanılan "otonom" kavramı burada geminin rutin işlevlerini insan müdahalesi olmadan gerçekleştirebilmesi anlamında kullanılmaktadır. Ancak kavramın yarattığı çağrışımlardan bağımsız olarak bu tür gemilerin insan müdahalesinden tamamen müstesna bir konumda bulunması söz konusu değildir. Aksine, yeni tip gemilerde gerekmesi halinde gemideki mürettebat veya uzaktan kontrol teknolojilerinden yararlanılarak kumanda merkezi personeli vasıtasıyla geminin üzerinde insan kontrolü bulunacağı öngörülmektedir. Bu tür bir işleyişi sağlamak amacıyla yeni tip gemilerin değişken otonomi seviyesi prensibi ile tasarlanması esastır. Böylece gemi, değişen şartlara göre, aynı sefer sırasında kontrolün tamamen mürettebat veya kumanda merkezi operatörüne devredildiği "sıfır otonomi" seviyesinde işleyebileceği gibi, geminin sevk ve idaresinin yapay zekâ uygulamalarına dayanan akıllı sistemler vasıtasıyla tamamen makineye bırakıldığı yüksek otonomi seviyelerinde işletilmesi de mümkün olacaktır. Dolayısıyla IMO kategorileri bakımından sadece 4. Kategori kapsamında mümkün olabileceği düşünülen bir işleyişin aslında yeni tip gemiler bakımından çok daha yaygın olarak kullanılması söz konusudur. Bu durum, otonom gemilere yürürlükteki hükümlerin uygulanması açısından temel problemlerden birini teşkil etmektedir, zira makinenin verdiği kararlara, insan karar ve hareketlerine hüküm bağlayan mevcut hukuki düzenlemelerin uygulanması önemli zorluklar teşkil etmektedir. IMO kategorileri yeni tip gemilere ilişkin teknik kavramlar ile örtüşmediği gibi kategorilerin işleyişinde değişken otonomi seviyelerinin etkisi de gereken ölçüde dikkate alınmamıştır. Bu sebeple, IMO kategorileri esas alınarak yapılacak değerlendirmelerin yüksek otonomide işleyecek yeni tip gemiler bakımından yanıltıcı veya eksik sonuçlara sebep olabileceği kanaatindeyiz.

Otonom gemilere ilişkin mevcut tasarımlar incelendiğinde başta otonomi seviyesi olmak üzere geminin uzaktan kontrol kabiliyeti ve gemideki mürettebat seviyesi gibi teknik özelliklerin büyük değişiklik gösterdiği görülmektedir. Bu bağlamda yeni tip gemi tasarımlarının genellikle siyah ve beyaz şeklindeki katı ayrımlardan ziyade daha çok gri alanlarda hayata geçeceği tahmin edilmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi, bu durum, özellikle, geminin otonomi seviyesi bakımından son derece belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla uzaktan kontrol sistemleri ile kumanda edilebilecek, mürettebatlı veya mürettebatsız şekilde faaliyet gösterebilecek ve rutin işleyişleri esnasında değişen şartlara göre yüksek otonomi seviyeleri de dâhil olmak üzere farklı otonomi seviyelerine inip çıkabilecek otonom gemilerin, esneklikten uzak kategoriler ile ifade edilmesinin yanıltıcı sonuçlara sebep olabileceği kanaatindeyiz. Başka bir

ifadeyle, sadece IMO kategorilerinin değil, doktrinde atıf yapılan bazı başka kategoriler de dâhil olmak üzere, esneklikten uzak şekilde tasarlanmış hiçbir kategorinin nihai olarak yeni tip gemilere uygulanacak hukuki düzenlemeleri ele alan değerlendirmeler bakımından elverişli olduğunu düşünmüyoruz. Öte yandan, yeni tip gemiler ile konvansiyonel gemiler arasındaki temel farklardan yola çıkarak ilgili değerlendirmeler açısından dikkate alınabilecek bazı temel kıstasların belirlenmesinin mümkün olduğu kanısındayız. Yukarıda değinildiği üzere, bunlar, geminin sevk ve idaresinin kim veya ne tarafından gerçekleştirildiği, geminin sevk ve idaresinin nereden gerçekleştirildiği ve gemide mürettebat olup olmadığı şeklinde üç başlık altında ifade edilebilir. Sağladığı esneklik sebebiyle mevcut hükümlerin uygulanması bakımından bu temel değişkenler ışığında yapılacak değerlendirmelerin daha isabetli sonuçlara ulaşacağı görüşündeyiz.

Konuyla ilgili tahminlerin bazılarında ifade edildiğinin aksine, yeni tip gemilerin ileride konvansiyonel gemilerin tamamen yerini alacağını söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak otonom gemilerin yakın bir gelecekte, en azından, kıyı denizciliği rotalarında uygulamaya geçmesinin kuvvetle muhtemel olduğu fikrindeyiz. Denizcilikte, yelkenlilerden buhar gücü ile işleyen gemilere veya ahşap gemilerden metal gövdeli gemilere geçiş gibi büyük teknolojik ilerlemeler ile dahi kıyaslanamayacak kadar radikal değişikliklere sebep olması beklenen otonom gemilerin deniz hukukunu da benzer ölçüde etkilemesi kaçınılmaz görünmektedir. IMO'nun konuyla ilgili çalışmalarının yanı sıra, İngiltere ve Rusya gibi bazı başka devletlerin de ulusal mevzuatta yaptıkları hazırlıklar göz önünde bulundurulursa otonom gemilere uygulanacak kurallar ile ilgili çalışmalar için erken olmadığını işaret etmek gerekir. Bu bağlamda, mevcut hükümlerin otonom gemilere uygulanma kabiliyetini ölçen değerlendirmelerin gün geçtikçe sayısının daha da artacağını tahmin etmek güç değildir. Ancak, bu tür incelemelerin amacına ulaşarak, yeni tip gemiler bakımından ihtiyaç duyulacak düzenlemelerin kaleme alınmasına katkıda bulunabilmesi için, otonom gemilerin işletim esaslarına uygun temel ölçülerden yola çıkılmasının elzem olduğu kanaatindeyiz.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
**Teşekkür:** Bu çalışma, kısmen, yazarın araştırmacı olarak görev aldığı "Otonom Gemilerin Kullanımının Türkiye Denizcilik Sektöründe Ortaya Çıkaracağı Hukuki Problemlerin ve Buna İlişkin Çözüm Yollarının Araştırılması" başlıklı ve 220K072 no'lu TÜBİTAK 1001 projesi ile ilgili faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmiştir. Projeye verdiği destekten ötürü TÜBİTAK'a müteşekkirim.

**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.
**Acknoledgement:** This study was partly carried out within the scope of the activities related to the TÜBİTAK 1001 project numbered 220K072 titled "Research on the Legal Problems that the Use of Autonomous Ships Will Create in the Turkish Maritime Sector and the Related Solutions" in which the author worked as a researcher. I am grateful to TÜBİTAK for its support to the project.

## Bibliyografya/Bibliography

AAWA, 'Position Paper: Remote and Autonomous Ships – Next Steps', <https://www.rolls-royce.com/~/media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Aytekin MU, 'Donatanın Sınırlı Sorumluluk Rejiminin Bugünü ve Geleceği' iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 617.

Barber KS, Goel A & Martin CE, 'Dynamic adaptive autonomy in multi-agent systems' (2000) 12 Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence 129.

Baughen S ve Tettenborn A, 'International Shipping and Unmanned Vessels' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr) *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework* (Bloomsbury 2021) 7.

Baughen S, 'Who is the master now? – Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 129

Chopra N, 'Human Error Remains Key Factor in Global Shipping Claims' (Lloyd's List 8 Ağustos 2018) <https://www.lloydslist.com/LL1123789/Human-error-remains-key-factor-in-global-shipping-claims> Erişim 23 Ağustos 2024

Ciğer S, 'Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme' iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021), 467.

Ciğer S, 'Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Düşünceler', (2023) 9 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 219.

CMI, "Maritime Law for MASS", <https://comitemaritime.org/work/mass/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Çataklı H, 'Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Cezai Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Ceza Hukukunda Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi' (2024) 28(2) AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 507

Dean P ve Clack H, 'Autonomous shipping and maritime law', iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 67.

DNV/GL 'DNV/GL Autonomy Levels 'DSE, DNV: CLASS GUIDELINE: Autonomous and remotely operated ships' (DNVGL-CG-0264) <https://www.smashroadmap.com/files/dnvgl-cg-.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Ecemiş Yılmaz K, 'Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları', (2023) 31 (1) Selçük Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429.

Ercan, C, 'Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri', (2019) 11 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 19.

European Commission "A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines" 17 Haziran 2024, <https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Feyzioğlu İ, 'Otonom Ticaret Gemilerinin STCW Sözleşmesine Etkisi', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 437

Fukuto J, 'Automation Levels of Automated/Autonomous Ships' (2021) 4 ClassNK Technical Journal 35

Gözüyeşil FF, 'Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız Ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi Ve Gözcülük Görevi' (2021) 66 (1) Adalet Dergisi 193.

Gözüyeşil FF, 'İnsansız Deniz Araçları Bağlamında Kaptanlık ve Kılavuz Kaptanlığın Hukuki Geleceği', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 503

Helvacı S ve Muran H, 'Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği', (2022) 1 Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 31

Höyhtyä M vd, 'Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges' (2017) International Conference on Information and Communication Technology Convergence (ICTC), Jeju, Korea (South) 345, <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8191000> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IBM, 'AI vs. Machine Learning vs. Deep Learning vs. Neural Networks: What's the Difference?' (27 May 2020) <https://www.ibm.com/cloud/blog/ai-vs-machine-learning-vs-deep-learning-vs-neural-networks> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Ilgın S ve Sözer B (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021)

IMO 'Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Shıps (Mass) Report Of The Intersessional Mass Working Group' (MSC 108/4/1) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO 'Proposal for a classification scheme for degrees of autonomy - Submitted by ISO' (MSC 100/5/1), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO "Autonomous Shipping", <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO "Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Ships (Mass): Overview of new industry specification for MASS vocabulary - Submitted by ISO" (MSC 107/5/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Autonomous ships: regulatory scoping exercise completed' <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/MASSRSE2021.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Consideration of common issues, taking into account those identified in the RSE and by FAL 47, LEG 110 and MSC 107 Network governance Submitted by Liberia, Republic of Korea and United Arab Emirates' (MASS-JWG 3/3/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Considerations on and proposals for the methodology to use within the framework of the regulatory scoping exercise - Submitted by France' (MSC 99/5/4), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Considerations on definitions for levels and concepts of autonomy - Submitted by Finland' (MSC 99/5/6), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Marıtıme Autonomous Surface Ships (MASS): Report of the MSC-LEG-FAL Joint Working Group On Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) on its Second Session' (MSC 107/5/1) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'Development Of A Goal-Based Instrument For Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) - Terminology, definitions, and levels of automation for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)' (MSC 105/INF.2) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) Report of the Correspondence Group Submitted by the Marshall Islands' (MSC 107/5) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships: Report on experiments of MASS operations - Submitted by the Russian Federation' (MSC 108/4/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS): Results of a transoceanic voyage test with autonomous navigation system -Submitted by the Republic of Korea' (MSC 107/INF.18) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Development of a Goal-Based Instrument for Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS):Results of demonstration tests of fully autonomous ship navigation on "MEGURI 2040" Submitted by Japan' (MSC 106/INF.4) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Draft Internatıonal Code of Safety for Marıtıme Autonomous Surface

IMO, 'Final Report: Analysis of Regulatory Barriers to the use of Autonomous Ships - Submitted by Denmark' (MSC 99/INF.3), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'IMO takes first steps to address autonomous ships', <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>, Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'Outcome Of The Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritime Autonomous Surface', (MSC.1/Circ.1638) <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/PressBriefings/Documents/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024; ayrıca bkz. IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its 103rd Session' (MSC 103/21/Add.1), Annex 8 <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Proposal on the key elements of MASS common issues - Submitted by Japan', (MASS-JWG 2/2/2) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'Recommendations on categorization and regulatory scoping exercise of MASS - Submitted by China and Liberia', (MSC 99/5/8), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritıme Autonomous Surface Ships (MASS) : Summary of results of the second step and conclusion of the RSE for the International Regulations for Preventing Collisions at Sea 1972 (COLREG) Submitted by the Marshall Islands' (MSC 102/5/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, 'Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Proposal for a classification scheme for degrees of autonomy - Submitted by ISO' MSC 100/5/1, <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, 'Report of 99th Session of the Maritime Safety Committee' (MSC 99/WP.9) annex I, sf.1; IMO, 'Report of the Maritime Safety Committee on its Ninety-Ninth Session' (MSC 99/22)

IMO, 'Report of the Maritıme Safety Committee on its 107th session' (MSC 107/20), <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

IMO, "Autonomous Shipping", <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

IMO, "Development Of A Goal-Based Instrument For Marıtıme Autonomous Surface Shıps (Mass) Study on the definition and organization of a Remote Control Centre (RCC) with a view to its certification - Submitted by Belgium" MSC 107/INF.14, <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Johansson TM vd. (edr) *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan, 2022)

Kara H, 'Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar' (2020) 10 (1) Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi 17

Karabulut K ve Yorulmaz M, 'Deniz Ulaştırmasında Akıllı Gemi Kavramı', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 431.

Karadana İ, 'Deniz Taşımacılığında Otonom Gemilerin Kullanılması Sebebiyle Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunların TTK Bağlamında Değerlendirilmesi' iç *Uluslararası Taşıma Hukuku Konferansları Serisi –II Uluslararası Deniz Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı Tam Metin Bildiri Kitabı,* İlyas Gölcüklü (ed) (Onikilevha Yayıncılık 2022) 239

Kongsberg Maritime, 'YARA and KONGSBERG enter into partnership to build world's first autonomous and zero emissions ship' (9 Mayıs 2017) <https://www.kongsberg.com/zh-hans/maritime/about-us/news-and-media/news-archive/2017/yara-and-kongsberg-enter-into-partnership-to-build-worlds-first-autonomous-and/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Konsberg, 'Autonomous Ship Project, Key Facts About Yara Birkeland' <https://www.kongsberg.com/maritime/support/themes/autonomous-ship-project-key-facts-about-yara-birkeland/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Konsberg, "Autonomous Ship Project, Key Facts About Yara Birkeland" <https://www.kongsberg.com/maritime/support/themes/autonomous-ship-project-key-facts-about-yara-birkeland/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Kubilay H, 'Su Yüzeyi ve/veya Sualtı Otonom ve/veya Uzaktan Kumandalı Su Araçları Sorumluluk Sigortası', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 529

Lloyds Register 'Automation Levels of Lloyd's Register AL' (seviye) 3, <https://issuu.com/lr_marine/docs/lr_cyber-enabled_ships_shipright_pr> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Lützhöft M ve Earthy J, *Human-Centred Autonomous Shipping,* (CRC Press, 2024).

Man Y vd. 'From desk to field-Human factor issues in remote monitoring and controlling of autonomous unmanned vessels' (2015) 3 Procedia Manufacturing 2674.

Maritime Executive, "China Launches its First Autonomous Container Ship Service", 22 Nisan 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/china-reports-first-autonomous-containership-entered-service> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Maritime Executive, "Japan Claims Record for Longest and Furthest Autonomous Navigation", 7 Şubat 2022 <https://www.maritime-executive.com/article/japan-claims-record-for-longest-and-furthest-autonomous-navigation> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Maritime Executive, "Japan Runs First Test of Fully Autonomous Navigation on a Large Ferry", 18 Ocak 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/japan-runs-first-test-of-fully-autonomous-navigation-on-a-large-ferry> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Maritime Executive, "Yara Birkeland Begins Further Testing for Autonomous Operations", 29 Nisan 2022, <https://www.maritime-executive.com/article/yara-birkeland-christened-and-begins-testing-for-autonmous-operations> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Maritime UK, 'MASS UK Industry Conduct Principles and Code of Practice 2021 (Version 5)' <https://www.maritimeuk.org/priorities/iannovation/maritime-uk-autonomous-systems-regulatory-working-group/mass-uk-industry-conduct-principles-and-code-practice-2021-v5/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks) Project, 'Final Report Summary - MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks), <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting> Erişim tarihi 17 Ağustos 2024.

Nalbant MB 'Uluslararası Taşımacılık Sözleşmeleri Açısından İnsansız Gemilerde Denize Elverişliliğe Genel Bir Bakış' (2021) 66(1) Adalet Dergisi 417

Nordahl H vd., 'AUTOSHIP: [D8.2] Roadmap for Autonomous ship adoption and development' <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5f9b24179&appId=PPGMS> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

One Sea, 'Autonomous Ships: Terms of Reference for Rule Development White Paper' <https://b307d3dfff.clvaw-cdnwnd.com/ac8e62b9b6e49d3c818fcd9770855fb0/200000069-3d56a3d56d/WHITEPAPER%202022_One%20Sea%20-%20Terminology%20and%20levels%20of%20automation.pdf?ph=b307d3dfff> Erişim tarihi 17 Haziran 2024, 14

Özdel M, 'Reconceptualising the Nautical Fault Exception in the Fog of Emerging Technologies' (2022) 51 (3) Industrial Law Journal 672.

Porathe, T, Hoem A, Rødseth Ø, Fjørtoft K, Johnsen S.O, 'At least as safe as manned shipping? Autonomous shipping, safety and "human error"', iç Stein Haugen, Anne Barros, Coen Gulijk, Trond Kongsvik, Jan Erik Vinnem (edr) *Safety and Reliability – Safe Societies in a Changing World* (CRC Press 2018) 417.

Ringbom H ve Collin F, 'Terminology and Concepts', iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 7

Ringbom H, 'Developments, Challenges and Prospects at the IMO' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 52.

Ringbom H, 'Regulating Autonomous Ships – Concepts, Challenges and Precedents' (2019) 50 Ocean Development & International Law 141.

Ringbom H, Røsæg E ve Solvang T, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021)

Rødseth OJ 'Constrained Autonomy for a Better Human–Automation Interface' iç Stig Ole Johnsen ve Thomas Porathe (edr), Sensemaking in Safety Critical and Complex Situations (CRC Press 2021) 235

Rødseth OJ 'Assessing business cases for autonomous and unmanned ships' iç *Technology and Science for the Ships of the Future* (IOS Press 2018) 1033.

Rødseth OJ, Andreas L, Wennersberg L ve Nordahl H, 'Levels of autonomy for ships' (2022) 2311 Journal of Physics Conference Series 012018, <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/2311/1/012018> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Rodseth OJ ve Nordahl H, 'Norwegian Forum For Autonomous Ships - Definition for autonomous merchant ships' <https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf> Erişim tarihi 18 Ağustos 2024.

Rolls Royce, 'Autonomous Ships: The Next Steps' <https://www.rolls-royce.com/~/media/Files/R%20/Rolls-Royce/%20documents/customers/marine/ship-intel/rr-ship-intel-aawa-8pg.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Rosaeg E, 'Diabolus ex machina: When an autonomous ship does the unexpected' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 125

Schelling J, 'Manning of unmanned ships' iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 261.

Seafar, 'The Company – Operations', <https://seafar.eu/company/#company> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Sheridan T *Telerobotics, Automation, and Human Supervisory Control* (MIT Press, 1992)

Ship technology, 'YARA Birkeland Autonomous Container Vessel' (5 Ekim 2017), <https://www.ship-technology.com/projects/yara-birkeland-autonomous-container-vessel/?cf-view> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Ships (MASS CODE)' (MSC 105/7/3) <https://docs.imo.org/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Soyer B ve Tettenborn A (edr), *Artificial intelligence and autonomous shipping: developing the international legal framework* (Bloomsbury, 2021).

Soyer B, Tettenborn A ve Leloudas G, 'Remote Controlled and Autonomous Shippıng: UK Based Case Study' <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Soyer, B., ve Tettenborn, A. 'Artificial Intelligence and Civil Liability—Do We Need a New Regime?', (2022) 30(4) International Journal of Law and Information Technology, 385, 386.

Sözer B, 'Mürettebatsız Gemiler', (2022) 1 Pîrî Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi 149

Sözer B, *Unmanned Ships and the Law,* (Informa Law from Routledge 2023)

Stevens F, 'Carrier liability for unmanned ships; Goodbye crew, hello liability?' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 148.

Stevens F, 'Seaworthiness and good seamanship in the age of autonomous vessels good seamanship', iç Henrik Ringbom, Erik Røsæg ve Trond Solvang, (edr) *Autonomous Ships and the Law* (Routledge, 2021) 243.

Tettenborn A, 'Shipping: Product Liability Goes High-Tech' iç Barış Soyer ve Andrew Tettenborn (edr), *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Informa Law from Routledge 2020) 116.

The Guardian, 'Tesla Autopilot feature was involved in 13 fatal crashes, US regulator says' (26 Nisan 2024) <https://www.theguardian.com/technology/2024/apr/26/tesla-autopilot-fatal-crash> Erişim 23 Ağustos 2024

The Maritime Executive, 'Inland Waterway Cargo Vessel Remotely Controlled from German Trade Fair', 6.10.2023, <https://maritime-executive.com/article/inland-waterway-cargo-vessel-remotely-controlled-from-german-trade-fair> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

The Nippon Foundation, "Verification Testing to Start on World's First Unmanned Ship Navigation System" 6 Aralık 2020 <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/news/articles/2020/20200612-45520.html> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

The Royal Society, 'Machine Learning: The Power and Promise of Computers that Learn by Example' (DES4702, 2017), 16. <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Tsimplis M ve Veal R, 'The integration of unmanned ships into the lex maritima' [2017] Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 303.

Tunfors H, 'Evolution of IMO's MASS: Through the Prism of the Chair', iç Tafsir Matin Johansson vd. (edr) *Autonomous Vessels in Maritime Affairs: Law and Governance Implications* (Palgrave Macmillan, 2022) 33.

Travis G, 'How The Boeing-737 Max Disaster Looks to a Software Developer' (IEEE Spectrum, 18 Nisan 2019) <https://spectrum.ieee.org/how-the-boeing-737-max-disaster-looks-to-a-software-developer> Erişim 23 Ağustos 2024

Türkel DT, 'Donatanın İnsansız Geminin İşletilmesinden Kaynaklanan Genel Tehlike Sorumluluğu (BK M.71)', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 587.

US National Transportation Safety Board, 'Highway Accident Report: Collision Between Vehicle Controlled by Developmental Automated Driving System and Pedestrian Tempe, Arizona March 18, 2018' (Washington 19 Kasım 2019) <https://www.ntsb.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf#page=59.68> Erişim 23 Ağustos 2024

Uzunmehmetoğlu B ve Elmacıoğlu B, 'İnsansız Deniz Araçları ve Sigorta Hukuku', iç Sezer Ilgın ve Bülent Sözer (edr), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar* (Vedat Yayıncılık 2021) 563.

van Hooydonk E, 'The law of unmanned Merchant shipping – an exploration' (2014) 20 (4) Journal of International Maritime Law 403.

Var Türk K, 'Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi' (2021) 37 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 153

Vartdal BJ, Skjong R ve St.Clair AL, 'DNV GL – Maritime Position Paper: Remote-controlled and autonomous ships', <https://www.dnv.com/maritime/publications/remote-controlled-autonomous-ships-paper-download.html> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

Veal R ve Ringbom H, 'Unmanned Ships and the International Regulatory Framework' (2017) 23 Journal of International Maritime Law 100

Veal R, 'Maritime Autonomous Surface Ships : autonomy, manning and the IMO', (2018) 6 Shipping and Trade Law 1.

Veitch E ve Alsos OE, 'A systematic review of human-AI interaction in autonomous ship systems' (2022) 152 Safety Science 105778

Wright R, *Unmanned and autonomous ships: an overview of MASS* (Routledge, 2020)

Yang X, Utne IB, Sandøy SS, Ramos MA, Rokseth B, 'A systems-theoretic approach to hazard identification of marine systems with dynamic autonomy' (2020) 217 Ocean Engineering 1

Yara, 'Yara Birkeland, two years on' (28 Nisan 2024) <https://www.yara.com/knowledge-grows/yara-birkeland-two-years-on/> Erişim tarihi 17 Haziran 2024.

Yılmaz M, *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu* (Yetkin Yayıncılık, 2022)

Youtube.com 'Rolls Royce plans to deploy fully autonomous cargo ships by 2020' <https://www.youtube.com/watch?v=yRwQ95vXVmM> Erişim tarihi 17 Haziran 2024

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1185-1229

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0001
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Submitted:** 18.11.2021
**Revision Requested:** 21.11.2021
**Last Revision Received:** 19.08.2024
**Accepted:** 26.08.2024
**Online Published:** 24.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# An Inquiry on the Legal Status and Protection of Climate Refugees from an International Law Perspective

**Alican Candoğan*, Mehmet Botan Kayhan****

**Abstract**

Climate crisis-related displacement is one of the most prominent issues in our world. Although, there is no given legal definition for climate refugees in any international legal convention, in order to analyse this phenomenon; those who are compelled to leave their homes due to climate change-related catastrophes would be accepted as climate refugees within this article.

It is clear that climate refugees, who sit at the crossroads of climate change and the refugee crises, can only be adequately protected through a combination of climate action and refugee rights. The climate crisis is a substructure of the refugee crisis. Therefore, climate action, which is principally aimed at solving substructural problems, is essential for solving the superstructural climate refugee crisis. Nevertheless, according to scientific predictions, even the most optimistic scenarios foresee a considerable change in the climate. Hence, even the most optimistic scenarios in which humanity takes climate action may not be enough to prevent the existence of climate refugees.

The Refugee Convention Relating to the Status of Refugees, which is currently the most prominent international convention on refugee rights, does not encompass climate refugees because of its contingent wording. Thus, it is necessary to adopt comprehensive legislation that protects the rights of climate refugees in addition to climate action that would reduce the number of possible refugees. Yet both substructural and superstructural issues are in a position of conundrum due to the extant international political and legal system, which prioritises the national sovereignty and states consents. Consequently, legal solutions in the sense of both climate and refugee crises fall short if the international political and legal status quo is ignored.

**Keywords**

Climate Refugees, Climate Crisis, Refugee Crisis, Refugee Convention, National Sovereignty, Complementary Protection

## Uluslararası Hukuk Bakış Açısından İklim Mültecilerinin Hukuki Konumu ve Korunmasına İlişkin Bir İnceleme

**Öz**

İklim krizi neticesinde yerinden edilme olgusu günümüz dünyasının en temel sorunlarından biridir. Ancak, iklim mültecisi ifadesi herhangi bir uluslararası hukuk sözleşmesinde tanımlanmamaktadır. Dolayısıyla bu olgunun incelenebilmesi amacıyla bu çalışmada, "yurtlarını iklim değişikliğine bağlı felaketler sebebiyle terk etmek zorunda kalan kimseler" iklim mültecisi olarak kabul edilecektir. Bu nedenle, iklim krizi ve mülteci krizinin kesişme noktasında bulunan iklim mültecilerinin, iklim eylemi ve mülteci haklarının bir kombinasyonu ile yeterli ölçüde korunabileceği açıktır. Böylelikle iklim mültecileri bağlamında iklim krizi, mülteci krizinin alt yapısı konumundadır. Dolayısıyla temelde altyapı sorununu

* **Corresponding author:** Alican Candoğan (LL.M), İzmir, Turkiye. E-mail: acandogan35@gmail.com ORCID: 0000-0001-6673-5737.

Mehmet Botan Kayhan (LL.M., LL.M. Student), Utrecht University, Graduate School of Law, Economics and Governance, Law and Sustainability in Europe LL.M. Programme. Utrecht, Holland. E-mail: m.botankayhan@gmail.com ORCID: 0000-0003-3310-3906.

**To cite this article:** Candogan A, Kayhan MB, "An Inquiry on the Legal Status and Protection of Climate Refugees from an International Law Perspective" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1185. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0001

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

çözmeyi hedefleyen iklim eylemi, üstyapısal konumdaki iklim mülteciliği sorununu çözmek için elzemdir. Bununla birlikte, bilimsel tahminlere göre en iyimser senaryolarda da iklimde önemli bir değişiklik meydana geleceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, insanlığın iklim eylemini başarıyla yürüttüğü en iyimser senaryolar dahi iklim mültecilerinin var olmalarının önüne geçilemeyebilir.

Günümüzde, mülteci hakları bağlamında en önemli uluslararası düzenleme olan 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ise lafzî kısıtlılığı sebebiyle iklim mültecilerini kapsamamaktadır. Bu nedenle, olası mülteci sayısını azaltacak bir iklim eyleminin desteklenmesiyle birlikte iklim mültecilerinin haklarını koruyacak kapsamlı bir mülteci mevzuatının oluşturulması gerekmektedir. Trajik bir biçimde, ulusal egemenlikleri ve devletlerin rızalarını ön planda tutan mevcut uluslararası siyasi ve hukuki sistem nedeniyle hem altyapı hem de üstyapı sorunları bir kördüğüm konumundadır. Sonuç olarak, uluslararası siyasi ve hukuki statükonun göz ardı edilmesi halinde hem iklim krizi hem de mülteci krizi anlamında önerilecek hukuki çözümler yetersiz kalacaktır.

**Anahtar Kelimeler**

İklim Mültecileri, İklim Krizi, Mülteci Krizi, Mülteci Sözleşmesi, Ulusal Egemenlik, İkincil Koruma

## ***Extended Summary***

Climate refugees can be defined as people who are compelled to leave their homes due to climate change-related reasons. As can be understood from the description, the problems that climate refugees (would) face stem from two different but intermingled crises. Namely, the climate crisis and the refugee crisis. Although these two crises have set different obstacles for climate refugees, they are nevertheless related; since the climate crisis constitutes the substructure for the climate refugees. Thus, taking climate action is crucial for reducing the number of possible climate refugees. This structural approach to addressing climate refugees would protect them, even before they become climate refugees, by eliminating the substructure, which would give rise to the superstructure of climate refugees.

Nevertheless, an increase in average global temperatures is foreseen even in the most optimistic scientific scenarios that assume the possibility of a relatively successful fight against climate change. Therefore, it is only reasonable to assume that climate refugees will become a part of the future. As a result, these people would need protection in the context of refugee rights. Thus, it is necessary to focus on both the climate crisis and refugee rights to offer a comprehensive solution.

In order to deal with the substructure of the climate refugee issue, namely, the climate crisis, two main sets of solutions are suggested in this paper. The first set consists of international agreements aimed at combating the climate crisis. The Paris Agreement (2015) and the Kyoto Protocol (1997) are the two most prominent of those agreements. Although the agreements have been accepted quite widely; they both suffer from issues such as lack of an effective enforcement mechanism, lack of a supranational authority that would monitor the parties and implement the agreement directly, the principle of voluntariness in becoming a party to the agreements, freedom to withdraw from the agreements without any sanctions, and, finally, lack of

any real sanction regarding failure to comply with the agreements. The flaws in both agreements stem from the paradigm of national sovereignty that enshrines states' will and consent. Since it is quite unlikely that 193 member states of the United Nations will agree to take the same climate action, humanity's fight against climate change is in constant jeopardy. Although public opinion favours climate action, people's opinions do not seem to affect state policies either. The second set of solutions can be described as the "technological solutions" which refers to technologies, such as carbon capture technology, that are aimed at combating climate change. Unfortunately, these technologies are incapable of replacing the legal and political set of solutions before reaching a tipping point, resulting in an irreversible climate catastrophe.

To deal with the superstructure of climate refugees, international refugee law must be examined, despite the fact that there is no legal definition of climate refugees in international law. The Refugee Convention Relating to the Status of Refugees (hereinafter, Refugee Convention), the most prominent document on the subject, not only lacks a definition for climate refugees but also does not provide climate refugees with the status of refugee; since the term "refugee" in the agreement can only be applied to those who are persecuted on a political basis. Nevertheless, climate refugees tend to suffer from natural causes rather than political causes. Therefore, it is necessary to draft a new refugee convention or an annexe to the Refugee Convention to transcend the convention's narrow scope and protect climate refugees. Unfortunately, even if there were more comprehensive legal terms for climate refugees; considering the lack of enforcement in international law, they could not provide real protection. Thus, issues surrounding climate refugees, both in the context of refugee rights and the climate crisis, constitute a conundrum because of the current international legal and political status quo.

## Introduction

"In which category shall this article be included; law, sociology, politics, or maybe climatology?" one might ask after reading this article. The answer, which the writers of this article sincerely propose, is "all of them." Although this answer might be evaluated as a vulpine answer that tries to avoid the question, it reflects the reality of the "climate refugees" quite accurately. Climate refugees are at the crossroads of various domains, such as the climate crisis, refugee crisis, international relations, public international law, human rights, national politics, and many other issues and disciplines that would be included on the list. Even though such a broad classification might seem like a gargantuan task at the first glance; it is nevertheless out of necessity, since a narrow perspective on the issue might result in ignoring its complex nature. While such a multi-disciplinary and structural approach towards the social phenomenona is nothing new in the social sciences as one can observe in the works of giants like *Fernand Braudel* and *Karl Marx*; for those who believe in the purity of law, any work that is aimed at understanding legal issues (such as the legal status of refugees or climate agreements) shall exclude "non-legal" elements of those issues. This *idealist* approach transforms law into an algebra of logic that exists only in an interlegal cartesian universe. Thus, not only the material and social substructures (such as geography, economics, culture, and politics) are ignored by this approach, but the humans who fictionalise and implement the law are also reduced to insignificant perceivers of the platonic *idea* of law.

This idealist approach shall be transcended to comprehend the exceptionally versatile nature of climate refugees. Therefore, different aspects of the issue have become the subjects of this paper. Not only the legal aspect of the issue is under scrutiny in the article; but also, the climate reality, which created the necessity to seek refuge, and the political system(s) that prevent people who are (and will be) affected by the climate crisis from reaching a safe haven. As will be explained in this article, in addition to the lack of a definitive legal status for climate refugees, the *reelpolitik* hinders them from enjoying the extant legal protection that can be observed in the current refugee crisis in Europe.[1] Thus, solely focusing on the legal dimension and ignoring the other dimensions of climate refugees will result in an *intellectual fordism* and a bunch of cumbersome legal definitions which entail little to no actual protection for climate refugees. To avoid this unfortunate fate; the two goals of this article are to first detect the problems that climate refugees face and then discuss possible solutions to these problems.

[1] A significant but tragic example of this reality is the refugees, who are violently and systematically pushed back by the Greek authorities. See, Birgitta Schülke-Gill and Julia Bayer, "*Greece: Refugees attacked and pushed back in the Aegean*" (Deutsche Welle 29 June 2020) <https://www.dw.com/en/greece-refugees-attacked-and-pushed-back-in-the-aegean/a-53977151> Date of access 04 November 2021; Florian Schmitz, Alexia Kalaitzi and Burcu Karakas, "*Migrants accuse Greece of forced deportations*" (Deutsche Welle 21 May 2020) <https://www.dw.com/en/migrants-accuse-greece-of-forced-deportations/a-53520642> Date of access 04 November 2021.

In light of the issues mentioned above, the first part of this article is dedicated to the examination of the fundamental problems which are the underlying reasons behind the climate refugees. After examining and detecting the fundamental problems, the existence and quality of the current legal status of climate refugees will be scrutinised. Ultimately, some possible solutions that could ameliorate the situation of climate refugees will be discussed.

## I. Fundamental Problems

In order to analyse the legal status and protection of climate refugees in international law, the fundamental problems shall be examined first. In that sense, first, the climate crisis, which is the primary reason for the climate refugees, then the phenomenon of the refugee crisis and the climate refugees will be analysed.

### A. Climate Crisis

#### 1. The Nature-Human Relationship

When the relationship between nature and humankind is under scrutiny, the only enigmatic thing is not only the question itself but also humans' role in this relationship. Throughout history, this role has been defined by various belief and thought systems.

##### *a.* Down to Earth: From Divine Rulers to Primates

For some monotheistic religions, such as Christianity and Islam, an anthropocentric teleology is inherent in the existence of nature. This paradigm is expressed in the Holy Bible as follows:

"*Then God said, "Let us make humankind in our image, according to our likeness; and let them have dominion over the fish of the sea, and over the birds of the air, and over the cattle, and over all the wild animals of the earth, and over every creeping thing that creeps upon the earth.*" (Genesis-1:26)[2]

The same paradigm appears in the Holy Quran:

"*He is the one who has subjugated the sea, so that you may eat fresh meat from it, and may take out from it ornaments you wear, and you see the boats cleaving through it, and so that you may seek his bounty, and that you may be grateful.*" (An-Nahl-14)[3]

---

[2] "*New Revised Standard Version Bible*", (Bible Gateway) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis+1%3A26&version=NRSV> Date of access 30 Septeber 2021.

[3] "*The Quran*", Mufti Taqi Usmani (trans.) (Quran.com) <https://quran.com/16/14?translations=43,101,20,84,21,17,19,95,22,18> Date of access 30 September 2021.

According to the aforementioned major abrahamic religions, humans are both rulers and *raison d'être* of the universe through divine will. Moreover, the scientific consensus of the time was also approving that perspective. Until the scientific revolution that took place in the sixteenth and seventeenth centuries in Europe, the Aristotelian geocentric view, which assumed that the earth (and so is humanity) is at the centre of the universe, was prevalent. While the world has become just an ordinary planet in the universe because of the theories which were proposed by the scientists such as Galileo, Copernicus, and Newton; humankind has become an ordinary species on this ordinary planet because of the theory of evolution.[4]

### *b*. Becoming a Major Force: Anthropocene

Humans have transformed the earth by using fire, cutting down trees, farming, and in many other ways. While many megafaunas and their species were destroyed in the process;[5] species such as weeds, chickens, and sheep were domesticated and spread worldwide. This trend of alteration has reached a remarkable acceleration by some momentous events such as geographical explorations and the industrial revolution.[6]

This acceleration became even more significant by the mid-twentieth century. In fact, this significant acceleration of human effects on nature after 1945 was described by McNeill and Engelke as "the great acceleration" by McNeill and Engelke.[7] Nevertheless, what has changed by the mid-twentieth century is not only the magnitude of humanity's impact on nature but also our perspective on this very impact. This human impact is so significant that it is now accepted as an overwhelming force[8] in the "world system."[9] Therefore, scientists now use the term "anthropocene" to explain the overwhelming influence of humanity on earth. According to the Oxford English Dictionary, the term anthropocene means: "*the epoch of geological time during which human activity is considered to be the dominant influence on the environment, climate, and ecology of the earth, a formal chrono-stratigraphic unit with a base which has been tentatively defined as the mid-twentieth century.*"[10]

---

4 Erle C. Ellis, "*Anthropocene: A Very Short Introduction*" (Oxford University Press 2018) 6-11.

5 Ibid 79-83.

6 J. Donald Hughes, "*An Environmental History of the World*" (Routledge 2009) 117-120.

7 John McNeill and Peter Engelke, "*The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene since 1945*" (Harvard University Press 2016) 4-6.

8 Will Steffen, Paul Crutzen and John McNeill, "*The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?*", (2007) 36(8) Ambio 614.

9 The term "world system" refers to: "...the suite of interacting physical, chemical and biological global-scale cycles and energy fluxes that provide the life-support system for life at the surface of the planet."; ibid 615.

10 Oxford English Dictionary, "*Definition of 'Anthropocene'*", <https://0-www-oed-com.libunix.ku.edu.tr/view/Entry/398463?redirectedFrom=anthropocene%27#eid> Date of access 03 October 2021.

Although the term anthropocene made its way into dictionaries, it is criticised or even refused due to various reasons in some academic circles by multiple disciplines.[11] Nevertheless, regardless of the controversies surrounding the term anthropocene, the major human impact on nature is proven by the abundant amount of scientific research. Consequences of human activity can be observed nearly in every corner of the planet because of issues related to climate crisis, the hole in the ozone layer, acidification of water, and carbon emissions. [12]

### *c.* Bilateral Nature of the Human- Environment Relationship

In his bestseller book, Yuval Noah Harari claims that "*We did not domesticate wheat. It domesticated us. The word 'domesticate' comes from the Latin domus, which means 'house'. Who's the one living in a house? Not the wheat. It's the Sapiens.*"[13] This claim is remarkable since it reflects the bilateral nature of the relationship between the environment and humans. Humanity's intermingled history with the environment is a versatile one. As humans have shaped the environment in many ways, the environment has shaped humans' ways of living and existence in an essential sense.

Nevertheless, humans are not the only species that have profoundly shaped the Earth. Actually, one of the main reasons why humans evolved as a species is a direct result of such a situation. Namely, "*the great oxygenation event*" (GOE).[14] The high percentage of oxygen in the earth's atmosphere is related to the activities of some photosynthetic organisms' (mainly cyanobacteria).[15] As a result of photosynthesis, these organisms produce oxygen as an output. Although high levels of oxygen are key to survival for humans and many other contemporary species; the process of oxygenation was catastrophic for species that had evolved in accordance with low oxygen atmospheric conditions. Thus, many species of the time have gone extinct.[16] Ultimately, the very cyanobacteria that had vastly contributed to the GOE were affected by the GOE. The catastrophic results of the GOE demonstrate that when a species (or several species) becomes an overwhelming force of nature, it might become a victim of a trend led by that species.

Humans, as a great force of nature, now overwhelmingly alter the earth. Today, there is a consensus among scientists over a forthcoming climate catastrophe, which

[11] Ellis (n 4) 3, 140-141.

[12] Ibid 29-32.

[13] Yuval Noah Harari, "*Sapiens: A Brief History of Humankind*" (McClelland & Stewart 2014).

[14] Ellis (n 4) 20.

[15] Bettina Schirrmeister, Muriel Gugger and Philip Donoghue, "*Cyanobacteria and the Great Oxidation Event: evidence from genes and fossils*" (2015) 58(5) Palaeontology 769, 769-770.

[16] Malcolm Hodgskiss, Peter Crockford, Yongbo Peng, Boswell Wing and Tristan Horner, "*A productivity collapse to end Earth's Great Oxidation*" (2019) 116(35) PNAS 17207, 17211-17212

is mainly due to human activities.[17] Thus, it is possible that humans may become victims of a process that is tragically caused by humans.

## 2. Current and Possible Outcomes of the Climate Crisis

In the context of the anthropocene; it is not only possible to observe humanity's destructive impact on nature but also possible to observe nature's destructive impact on humanity. Thus, human effects on the ecosystem, in turn, affect humans again because they are also part of this ecosystem. One of the most significant facts about this situation is the climate crisis. Climate crises manifest in various ways, such as rising temperatures, heat waves, rising water levels, and acidification of the water resources; and these issues contain the potential to entail many other problems for humans. Falling agricultural productivity, water levels that would rise above cities and set them underwater, the jeopardy of food and water security, and related terrorist activities are some of these problems.[18]

What makes the climate crisis worth discussing today is that it is not only a catastrophe for the future but also a current set of problems with various consequences. Moreover, due to this great acceleration, we have been facing some of these consequences for half a century. According to the United Nations (UN) Climate Report 2021: *"Each of the last four decades has been successively warmer than any decade that preceded it since 1850. Global surface temperature8 in the first two decades of the twenrt-firstt century (2001-2020) was 0.99 [0.84- 1.10] °C higher than 1850-19009. Global surface temperature was 1.09 [0.95 to 1.20] °C higher in 2011– 2020 than 1850–1900, with larger increases over land (1.59 [1.34 to 1.83] °C) than over the ocean (0.88 [0.68 to 1.01] °C)"*.[19] More vehemently, in the report it is expressed that *"Human influence has warmed the climate at a rate that is unprecedented in at least the last 2000 years"*.[20] In addition to all the issues above, many other human-related environmental problems (such as extreme heatwaves and cold waves, high CO2 concentration, retreating glaciers, rising sea levels, droughts, and wildfires)[21] are expressed in the report.

In the report, in addition to the current trends and problems mentioned above, predictions regarding the future of climate change are made. The predictions are classified into three consecutive timelines: namely "near term", "mid-term", and

[17] National Aeronautics and Space Administration (NASA), "*Scientific Consensus: Earth's Climate Is Warming*" <https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/#footnote_1> Date of access 10 October 2021.

[18] UN, "*The Climate Crisis – A Race We Can Win*" <https://www.un.org/en/un75/climate-crisis-race-we-can-win> Date of access 27 May 2021.

[19] UN, "*Climate Change 2021: The Physical Science Basis*" (2021), 5 <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/> Date of access 09 October 2021.

[20] Ibid 7.

[21] Ibid 9-11.

finally "long term". Predictions for all three timelines vary depending on the quantity of carbon (CO2) and other greenhouse gas emissions. Nevertheless, regardless of emissions, it is predicted that global surface temperatures will continue rising until the mid-twenty-first century. The best estimate for the near term (2021-2040) constitutes a rise in surface temperature from 1.5°C to 1.6°C. The best estimate for the mid-term (2041-2060) constitutes a rise in surface temperature from 1.6°C to 2.4°C. Finally, The best estimate for the long term (2081-2100) is a rise in surface temperature from 1.4°C to 4.4°C.[22]

Considering the above-mentioned predictions, one might question the necessity of taking action immediately because some very long timelines exist, such as 2081 or 2100. Again, one might assert that in order to prevent the worst-case scenario for the long term, taking action from 2050 would be enough. Unfortunately, humanity is running out of time in order to avoid climate catastrophe due to the possibility of reaching "tipping points". Here, a tipping point refers to "a critical threshold beyond which a system reorganises, often abruptly and/or irreversibly."[23] Thus, once reached, tipping points will make it impossible to prevent or control climate catastrophe.

An excellent example of a tipping point in the context of climate change is the melting of Arctic ice sheets and glaciers.[24] Since the light colour palette of earth's polar ice pack reflects sunlight very effectively, loss of the polar ice pack means a darker colour palette (due to the darker colours of earth, sea, and moss), which in turn creates terrain that reflects sunlight less efficiently. When a terrain cannot reflect sunlight, it gets warmer; then more ice and snow melting. Ultimately, due to the decreasing number of ice packs, the entire process constantly repeats until no ice packs are left. When the world loses its ice sheet, it will most certainly be a warmer place. Therefore, reaching a certain loss in ice sheets and glaciers would mean a point of no return. Such processes are called "positive feedback systems", and the world is full of them[25]. Reaching a tipping point would trigger a positive feedback system, which, in turn, would constitute a point of no return. Consequently, it is crucial to take action before reaching such a point.

In addition to calling for action, some take a step further and calculate the number of years left to avoid a complete defeat by climate catastrophe. For example, UN General Assembly President María Fernanda Espinosa Garcés expressed that "*We are the last generation that can prevent irreparable damage to our planet*" and stated that only eleven years are left to prevent a catastrophe.[26] Nevertheless, despite calls

22 Ibid 16-19.

23 Ibid 28.

24 Ibid 29-36.

25 Ellis (n 4) 19.

26 UN, "*Only 11 Years Left to Prevent Irreversible Damage from Climate Change, Speakers Warn during General Assembly High-Level Meeting*" (2019) <https://www.un.org/press/en/2019/ga12131.doc.htm,> Date of access 11 October 2021.

to arms by various politicians and environmental activists[27] and growing public awareness[28] regarding the climate crisis, the world's political and legal system(s) seems reluctant or inadequate to take action. As will be discussed in the last chapter, there are different sets of problems in the fight against the climate crisis.

## B. The phenomenon of Refugee Crisis

Humanity has migrated for various reasons throughout history. Homo Sapiens have a deep and complex history of seeking refuge for multiple reasons, originating back in Africa.[29] In other words, environmental disasters, conflicts, or slow-onset environmental degradation have displaced people, and this fact does not seem to be changing. What is new is the consequences and the label given to the reasons for migration.[30] Out of a legal context, refugees began to be classified as climate refugees, economic refugees, etc. Furthermore, "refugee" became a legal status that entails several rights and entitlements. In a sociological context, the notion of a refugee refers to "*a person who has been forced to leave his or her home and seek refuge elsewhere, esp. in a foreign country, from war, religious persecution, political troubles, the effects of a natural disaster, etc.; a displaced person.*"[31]. However, this is not the case when it comes to legal status.

The notion of a refugee as a legal term in international law has been defined, and the rights and entitlements it entails are set out under the Refugee Convention. When we read the definition of a refugee under Article 1/A-2 of the Refugee Convention in conjunction with the 1967 Protocol, a refugee is;

> *"owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."*[32]

---

[27] Famous teenage activist Greta Thunberg and "The Climate Clock Movement" are some significant examples of an ever-growing body of environmental activism.

[28] United Nations Development Programme (UNDP), "*World's Largest Survey of Public Opinion on Climate Change: A Majority of People Call for Wide-Ranging Action*" (2021): "*UNDP's "Peoples' Climate Vote" reflects over half the world's population after results processed by the University of Oxford. Sixty-four percent of people believe climate change is a global emergency, despite the ongoing COVID-19 pandemic*" <https://www.undp.org/press-releases/worlds-largest-survey-public-opinion-climate-change-majority-people-call-wide> Date of access 11 October 2021.

[29] Axel Timmermann and Tobias Friedrich, "*Late Pleistocene climate drivers of early human migration*" (2016) 538 Nature 1, 1-3.

[30] Alice Edwards, "*Interational Refugee Law*" in Rosemary Rayfuse and Shirley v. Scott (eds.), International Law in the Era of Climate Change (Edward Elgar Publishing 2012) 58, 61.

[31] Oxford English Dictionary, "*Definition of 'Refugee'*", <https://0-www-oed-com.libunix.ku.edu.tr/view/Entry/161121?rskey=kQGZhg&result=1&isAdvanced=true#firstMatch> Date of access 15 September 2021.

[32] Convention relating to the Status of Refugees, (adopted on 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) Article 1/A-2, read in conjunction with Protocol relating to the Status of Refugees (adopted in 31 January 1967, entered into force 4 October 1967).

This definition puts several limitations for forcibly displaced individuals to obtain refugee status. Regarding those limitations, the definition extends only to those who flee their country for somewhat political-related persecution or risk of persecution. According to Edwards, the drafters of the Refugee Convention were aware that there would be others who were forcibly displaced for reasons other than political persecuting. Still, they were prepared to protect only the politically persecuted ones at that time.[33]

As a result of this limited implication of internal protection provided to those who are forcibly displaced, it is fair to assume that international law recognises only a small proportion of forcibly displaced people, as other countries are obliged to protect.[34] The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) database reveals that at the end of 2020, there were 82.4 million people forcibly displaced across the world, and only 26.4 million of them have the "refugee" status.[35] Considering the human population in the world, one may assert that the number of people who are not under international protection is relatively low, but this is because those statistics can be misleading. Statistics have revealed that the most considerable portion of the forcibly displaced people are moving within their national borders (Internally Displaced People-IDP) and are not entitled as refugees under International Refugee Law. The IDP figures are those that the UNHCR could count. However, citizens in most countries have the right to move freely within the state's borders[36], and most natural disaster-related movements are expected to be internal.[37] Thus, it is fair to assume that there are also invisible people who have been forcibly displaced, and the statistics would not reflect their existence. Moreover, the decision-making process regarding migration is directly related to the socio-economic status of those concerned. People from lower-income classes and vulnerable groups are likely to stay put because they may not have the financial ability or social networks to move.[38]

In a nutshell, it is to remind people that there is a "*dark side of the moon*" and the statistics do not reveal the significant number of people who are not able to move.[39]

---

33 Edwards (n 30) 81.

34 Jane McAdam, "*Climate Change, Forged Migration, and International Law*" (Oxford University Press 2012)1.

35 The UN Refugee Agency (UNCHR), "*Global Trends Forced Displacement in 2020*", 2 <https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020> Date of access 15 September 2021.

36 See Article 12/1 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (Adopted on 16 December 1966, entered into force 23 March 1976).

37 Nuray Ekşi, "*İklim Mülteciliği (Climate Refugees)"* (2016) 2(2) The Journal of Migration Studies 10, 19; McAdam (n 34) 5.

38 McAdam (n 34) 20-21.

39 Some authors use the notion of "trapped populations" to refer to individuals. Nükhet Yılmaz Turgut, *"Çevresel Göç ve Çevre Göçmenleri Sorununun Çevre Hukukundaki Yeri (The Place of Enviromental Migration and Enviromental Migrants in Enviromental Law)"* (2018) 31(139) Union of the Turkish Bar Associations Review 287, 308-309.

Moreover, the statistics indicate that the number of forcibly displaced people has dramatically increased over the last decade[40] and is expected to increase. Therefore, it is clear that immigration is becoming an even more critical problem in our contemporary world. Regarding this fact, it must be accepted that there should have been another reason than armed conflicts or economic crises, which caused even more internal or international movements than there had been.

Recent studies have revealed that the climate crisis is associated with a rising number of refugees.[41] It is assumed that the climate crisis triggers several factors that force people to move. Thus, the relationship between climate crises and refugees will be examined in the next chapter. However, before moving to this subject, it should be underlined that there are two sides to the refugee crisis. Although the growing number of forcibly displaced people indicates an ongoing crisis around the world, it also triggers nationalist and populist movements within the host countries. Thus, anti-refugee movements and xenophobia played an essential role in the rise of populist rights in countries like Hungary or Poland[42] and in the Brexit referendum in the UK.[43]

That is to say, increasing refugee numbers triggers right-wing populist movements in host countries. While the right-wing populist movements have a negative impact on greenhouse gas emissions[44] and consequently deepen the climate crisis, it is assumed that the climate crisis will increase the number of refugees. Thereby, it is, unfortunately, fair to imagine a profoundly worrying scenario in which there would be a positive feedback cycle between right-wing populist movements, the climate crisis, and immigration. Moreover, right-wing populist movements not only deepen the crisis but also undermine the existing international human rights system.[45] Güneş and Çelenk reached a similar conclusion but with different justifications. Scholars assert that "climate induced migration" put courts into a crossroads. Courts can either broadly interpret refugee and human rights laws to protect the well-being of individuals or prioritise the concrete interests of sovereign states that hold greater political power. This binary situation either undermines human rights or undermines the existing international law system, which is based on the principle of sovereignty.[46]

---

40 UNCHR (n 35) 6.

41 UNCHR, "*Climate Change and Disaster Displacement*" <https://www.unhcr.org/uk/climate-change-and-disasters.html> Date of access 18 October 2021.

42 For a detailed analysis of populism See, Ahmet Mert Duygun, "*Popülist Anayasacılığa Giriş (Introduction to Populist Constitutionalism)*" (2020) 9(18) Journal of Constitutional Law 397.

43 ScienceDaily, " *Xenophobia strongly linked to Brexit, regardless of voter age, gender or education*" (2017) <https://www.sciencedaily.com/releases/2017/11/171127090919.htm> Date of access 18 October 2021.

44 Detlef Jahn, "*Quick and dirty: how populist parties in government affect greenhouse gas emissions in EU member states*" (2021) 28(7) Journal of European Public Policy 980, 991-992.

45 Duygun (n 42) 410-413.

46 Burak Güneş and Bengü Çelenk, "*The Impasse of International Law on Climate-Induced Migration: Recent Developments and the United Nation's January 2020 Decision on Climate Refugees*" (2021) 23(3) Insight Turkey 209, 217-218.

However, as an essential fact, studies reveal that countries that contribute the most to global carbon emissions (can be categorised as developed countries), which are considered the causes of the climate crisis, will be the ones that are least affected by the climate crisis. In contrast, countries most affected by the crisis are countries that contribute little carbon emissions.[47] In other words, the climate crisis has created a dilemma. Therefore, solving the problem of the refugee crisis—particularly the climate refugee crisis—is vital not only for those who are forced to leave their homes but also for the residents of their host countries.

Considering the climate change-immigration-populism triangle as expressed above, one might assume that this triangle manifests the entire picture. Even though this triangle is realistic, it is far from reflecting the whole story since most of the refugees and forcibly displaced people are hosted by the developing world. According to the UNHCR, 86 percent of the refugees and forcibly displaced Venezuelans are received by developing countries. Even more shockingly, the least developed countries host %27 of them.[48] Thus, it is fair to claim that although the so-called "first world countries" have experienced troubles such as right-wing populism and racism due to reaction towards refugees, considering their immense amount of resources and organisational capacities, they are still far away from hosting their fair share of refugees and displaced persons. Countries like Lebanon, Turkey, and Colombia are facing an immense burden that is more than they can handle. This burden might contribute to the destabilisation of these countries who lack the necessary resources that high-income countries abundantly have, which in turn might create even more refugees or immigrants from host countries for various reasons.

## C. Climate Refugees

It is highly likely that climate change will have a wide range of adverse effects. Undoubtedly, the adverse impacts of climate change will not only be limited to the ecological field; It will also have social, economic, political, and legal dimensions[49] , and those impacts will affect millions of people's living conditions. However, because of the complex nature of climate change, determining its impacts is difficult, especially in the field of immigration. For instance, climate change could cause a decrease in natural resources, such as drought, and such a decrease could cause conflicts on water resources, resulting in migration. Although *per se* the reason for immigration seems to be conflict, the initial reason would be climate change. In other words, immigration could stem from various or combined causes, such as

[47] See, Climate Watch, "*Historical GHG Emissions*" <https://www.climatewatchdata.org/ghg-emissions?end_year=2018&start_year=1990> Date of access 06 November 2021.

[48] UNHCR, "*Refugee Data Finder*" <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> Date of access 20 October 2021.

[49] Dimitra Manou and Anja Mihr, "*Climate Change, Migration and Human Rights*" in Dimitri Manau, Andrew Baldwin, Dug Cubie, Anja Mihr, Teresa Thorp (eds) Climate Change Migration and Human Rights (Routledge 2017) 3-4.

climate change, environmental disasters, conflicts, and economic crises.[50] For that reason, António Guterres, who was the UN High Commissioner for Refugees at that time, expressed that it was becoming increasingly challenging to categorise the displacement reasons into economic pressure, environment, or conflicts.[51] According to the UNDP, even rapid-onset natural disasters such as floods and storms cause millions of displacements throughout the world.[52] In this regard, considering that climate change does not only trigger rapid-onset environmental disasters, but also environmental degradation and slow-onset disasters, it enhances the risk of conflicts over dwindling environmental resources, which is why it is fair to assume that there will be a huge number of displaced people due to climate crisis.

On the other hand, migration due to environmental disasters is nothing new, and humanity has continued to move because of such events throughout history. Moreover, it is not possible to distinguish environmental disasters as "usual" and "triggered by climate crisis". Therefore, it is not easy to determine whether the climate crisis caused migration movements or identify those who migrated because of it. However, Huber and Gulledge emphasise that due to the climate crisis, we will probably experience severe environmental events that are statistically unlikely to occur in our lifetimes if there were no climate change.[53] Although it is not possible to attribute every short-term extreme weather event to the climate crisis, the risk of extreme environmental events has increased so much that we should assume that climate change somehow caused immigration by declining millions of people's living conditions.[54] Studies have revealed that with global warming, not only the frequency of extreme environmental events but also the number of refugees has increased.[55]

Many scholars have attempted to predict how many people will be displaced due to the climate crisis.[56] Nevertheless, because of the complex nature of the climate crisis and the decision-making process for immigration, it is difficult to make such a determination. Therefore, we do not refer to the predicted numbers. However,

50 Turgut (n 39) 301.

51 See remarks by the UN High Commissioner for Refugees, The Guardian, "*Conflicts Fuelled by Climate Change Causing New Refugee Crisis, Warns UN*" (17 January 2008) https://www.theguardian.com/environment/2008/jun/17/climatechange.food> Date of access 22 October 2021.

52 UNDP, "*Human Development Report 2020*", 61 <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020.pdf> Date of access 19 October 2021.

53 Dan Huber and Jay Gulledge, "*Extreme Weather and Climate Change, Understanding the Link, Managing the Risk*" (2011) Center for Climate and Energy Solutions, 8 <https://www.c2es.org/wp-content/uploads/2011/12/white-paper-extreme-weather-climate-change-understanding-link-managing-risk.pdf> Date of access 08 November 2021.

54 Ibid 8.

55 A comprehensive study on the number of environmental disasters through the decades; World Meteorological Organization (WMO), "*WMO Atlas of Mortality and Economic Loses from Weather, Climate and Water Extremes (1970-2019)"*, 19 <https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=10769> Date of access 21 October 2021; See, the growing number of international migrants between 1970-2019, IOM, "*World Migration Report 2020"*, 21 <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf> Date of access 21 October 2021.

56 These predictions vary from 25 million to 1 billion climate refugees. See, IOM, "*A Complex Nexus*" <https://www.iom.int/complex-nexus> Date of access 21 October 2021.

the study by Munia et al.. reveals the seriousness of the problem. According to this study, if humanity chooses the "middle road"[57] there will be 612 million people under freshwater stress and 512 million people will be approaching freshwater stress by 2050.[58] These numbers are not the numbers of displaced people but give a good idea of how many people could be relocated.

As a result, we can assume that there will be millions of displaced people due to the climate crisis. Those people may move because of slow-onset disasters (for instance, several small islands becoming inhabitable due to rising sea levels) or rapid-onset disasters (for instance, floods), economic crises, or armed conflicts triggered by environmental degradation over time. Additionally, there is no consensus on the definition of "climate refugees" or "environmental migrants". Thus, considering both the complex nature of the climate crisis and the difficulty in establishing a connection between a particular immigration sample and the climate crisis, it is not possible to know exactly how many people have moved due to the climate crisis. Climate crisis-related movements are mostly invisible because of their complex nature.[59]

This complexity brings us to the question of how to define and classify climate crisis-related displacement. First, it should be underlined that there is neither an internationally binding framework for the classification of those displaced by the climate crisis nor a consensus in the literature on this issue. UNHCR strictly distinguishes the notion of "refugee" from "immigrant" due to legal considerations and uses the notion of "persons displaced in the context of disasters and climate change" instead of "climate refugee".[60] The wording of the New York Declaration for Refugees and Migrants reflects this strict positive law understanding.[61] Like UNHCR, IOM also refers to the climate crisis movement as "environmental migration".[62] As we discuss below, this approach appears to be correct in a legal sense. However, as Turgut underlines that, the term which will be used should reflect a holistic approach while maintaining the originality of the problem.[63] In this regard, based on the fact that the climate crisis causes environmental degradation; she uses the notion of "environmental migration", which she claims will reflect a comprehensive approach to the problem.

---

57 Which is the middle ground scenario between the three possible scenarios given in the study.

58 Munia et al, "*Future Transboundary Water Stress and Its Drivers Under Climate Change: A Global Study*", (2020) 8 Earth's Future 1, 10.

59 McAdam (n 34) 36-37

60 UNHCR (n 41).

61 UN General Assembly, New York Decleration for Refugees and Migrants, <"https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1> Date of access October 22, 2021.

62 IOM, "*Discussion Note: Migration and The Environment*" (2007) 1 <https://governingbodies.iom.int/system/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf> Date of access 22 October 2021.

63 Turgut (n 39) 308.

Like Turgut, we believe that the term to be used must reflect a comprehensive approach and reveal the substructure (by her words, "*the macro dimension of the problem*"), namely, the climate crisis. However, since the climate crisis is the initial reason for environmental derogation, we believe displacement is the superstructural dimension of the problem, and the climate crisis is the substructural dimension of the problem. Thus, contrary to Turgut, we assert that the notion of "climate" should be used to define people displaced because of climate crisis.

The second issue is, what term should be used when making such a definition? Immigrant, refugee, or displaced person? Although the term "immigrant" is more inclusive than the concept of "refugee", the most fundamental difference between immigrants and refugees is whether the individual moves voluntarily or involuntarily. The notion of a refugee only refers to involuntary or compelled movement, while the notion of an immigrant also refers to voluntary movement.[64] There is no consensus in the literature on whether all those who have moved because of the climate crisis are being compelled. For instance, according to Renaud et al., there are three categories of displacement due to the climate crisis and "environmentally motivated migrants" are those who flee because of a "steadily deteriorating environment" before the circumstances compel them to move.[65] In other words, writers argue that not all climate crisis-related movements are last-resort movements.

On the contrary, we argue that the climate crisis is a compelling fact, even though the rate of coercion may differ. Therefore, we assert that the notion that reveals the element of coercion should be used while defining climate crisis-related movements. In this context, we consider it appropriate to use the term "refugee", considering that it should strikingly express compelling sociological circumstances, and we define climate change-related movement as "climate refugees".[66] The main reason we use the term "refugee" instead of "displacement" is that the concept of refugee is more striking. On the other hand, the "climate refugee" we use in our study do not refer to refugee status in a legal sense but are used to explain the sociological situation.

## II. The Place of Climate Refugees in International Law

### A. Refugee Convention and the "Climate Refugees"

As briefly discussed above, the Refugee Convention has a narrow scope because of its contingent nature. Nonetheless, it is a powerful international mechanism that considers not only civil rights but also socio-economic rights and benefits that entail

64 Büşra Uyar, "*İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği*" (Turhan Kitabevi 2021, 92.

65 Fabrice Renaud, Olivia Dun, Koko Warner and Janos Bogardi, "*A Decision Framework for Environmentally Induced Migration*" (2011) 49 International Migration 5, 14-15.

66 For a similar opinion See, Uyar (n 64) 95.

refugee status. The scope of the Refugee Convention and the rights entailed for refugee status constitute the minimum standards. That is to say, state parties to the Refugee Convention can neither limit the scope of the Refugee Convention nor the rights entitled to refugee status. However, it is possible for states to become parties to the 1967 Protocol with geographic and temporal reservations. Indeed, refugee status is not a status granted by states; it is a status that they recognise.[67] Moreover, individuals who fall within the definition of the Refugee Convention have the right to seek international protection regardless of whether the individual is in a State which is not a state party to the Refugee Convention (or the 1967 Protocol). In such circumstances, individuals will be under UNHCR's mandate, and whether the current host country does not grant refugee status will be irrelevant for protection.

State Parties may extend the scope of refugee status in their domestic laws[68] (this may be framed as complementary protection or otherwise) but are not obliged to provide equivalent rights to those not covered by the Refugee Convention. The refugee label is a legal status that entails a set of rights detailed between Articles 3-34 of the Refugee Convention. One of these rights—perhaps the most significant—is the *non-refoulement* principle. This is perhaps the most important principle of international refugee law because it prohibits States from returning refugees (or asylum seekers[69]) back to their countries, which pose a risk to individuals' lives or their freedom.[70] Even though this principle applies to both refugees and asylum seekers, refugee status entails certain socio-economic rights, and surely the refugee status is the main way to protect those who flee from their country. In this regard, it is crucial to examine whether climate refugees are within the scope of refuge under the Refugee Convention. If the answer is no, it shall be examined whether the climate refugees can seek protection under international human rights law.

With regard to the definition under Article 1/(A)-2 of the Refugee Convention, we can formulate the requirements for being a refugee under International Law as such: a refugee is a person who is; 1) outside of their home state (the element of alienage), because of the 2) well-founded fear 3) of being persecuted 4) for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, and 5) the home country of this person is unable or unwilling to protect this person from such persecution.

---

67 James Hathaway and Michelle Foster, "*The Law of Refugee Status*" (Second Edition Cambridge University Press Second Edition 2014), 1.

68 See, The Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (hereinafter, OAU Convention) (adopted on 10 September 1969, entered into force 20 June 1974), adopted a broader refugee definition than the Refugee Convention. According to Article 1/2 of the OAU Convention, people displaced because of "*events seriously disturbing the public order*" are *inter alia* refugees.

69 With this Notion we refer to those who need international protection but do not fall within the scope of the Refugee Convention.

70 Doğa Elçin, "*The principle of non-refoulement a comparative analysis between Turkish national law and international refugee law*" in İbrahim Sirkeci, Doğa Elçin, Güven Şeker (eds.) "*Politics and Law in Turkish Migration*" (Transnational Press London, 2015) 39.

Moreover, the individual's concrete circumstances should not fall within the situations enumerated under Articles 1/C and 1/F of the Refugee Convention. From the perspective of our study, we will focus on whether "climate refugees" fulfil those criteria or not. Thus, we only examined relevant aspects for the examination of these criteria.

To begin with, both the majority opinion of scholars[71] and international organisations[72] emphasise that the "climate refugees" do not fall within the scope of the Refugee Convention. From our perspective, this interpretation seems to be partially correct. However, this does not mean that "climate refugees" are not worthy of being protected and will not be protected.[73]Although one might claim that climate refugees suffer as much as those who are persecuted due to political reasons, legal definitions serve an instrumental purpose and provide a set of criteria that certain rights and obligations which may be manifested through them. In other words, refugee status entails certain rights set out in the Refugee Convention and the drafters, who wrote the Refugee Convention after the second world war, intended to protect those who flee massacres and persecution (notably, from the war crimes such as holocaust). Thus, the contingent definition under the Refugee Convention does not distinguish who actually needs international protection and who does not; it is about who can be practically protected and whom the drafters are willing to protect. From our point of view, asserting that climate refugees cannot obtain refugee status in a legal sense under every circumstance would be flawed considering the complex nature and impacts of the climate crisis. Nevertheless, considering the wording of the current Convention, it is fair to assert that most climate refugees do not fall within the scope of the Refugee Convention due to several reasons.

First of all, the impacts of climate change are and are expected to be unequal, and the countries that are most affected are expected to be the poorest. Considering that immigration is linked with pre-existing circumstances such as socio-economic ability etc. most people who will move because of the climate crisis are expected to be internal.[74] However, the refugee definition under the Refugee Convention applies only to those who cross international borders; thus, most climate refugees will not meet this criteria.[75] This criterion can be deemed reasonable given that the system of public international law is based on the principle of equal sovereignty of states.

---

71 Turgut (n 39) 313-317; İkbal Sibel Safi, "*Ioane Teitiota Kiribati / Yeni Zelanda Davası ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin İklim Mültecileri İle İlgili Tarihi Kararı(Ioane Teıtıota Kırıbatı / New Zealand Case And Un Human Rıghts Commıttee's Hıstorıcal Decısıon On Clımate Refugees)*" (2020) 22(2) Dokuz Eylül University Law School Review 509, 519-521; Edwards (n 30) 65-67; McAdam (n 34) 42-48, Güneş and Çelenk (n 46) 210.

72 UNHCR, "*Legal Considerations Regarding Claims for International Protection Made in Context of the Adverse Effects of Climate Change and Disasters*" <https://www.refworld.org/docid/5f75f2734.html> Date of access 14 October 2021.

73 McAdam (n 34) 42.

74 Edwards (n 30) 60.

75 Hathaway and Foster (n 67) 19.

Although the understanding of state sovereignty has weakened, rights under the Refugee Convention are provided for only those outside their country.[76] In conclusion, it is clear that the vast majority of "climate refugees" will fall outside the scope of the Refugee Convention, as most of the people displaced due to climate crisis-related natural disasters will move within their home country.[77] Although it is estimated that the climate crisis will increase cross-border migration, those who can cross borders will only be the tip of the iceberg.

However, those who can move across borders will not automatically fall within the scope of the Refugee Convention. Those who seek refuge should flee from their country because of "*well-founded fear of being persecuted*". The Refugee Convention does not define the meaning of "persecution," and this concept can be interpreted broadly.[78] However, we argue that it is unlikely to characterise climate change as "persecution" and as Hathaway and Foster underlines that a flex interpretation should be balanced against the imperatives of the rule of law.[79] In other words, a consistent interpretation should be adopted. In that sense, the concept of "persecution" should refer to human rights violations (or the risk of human rights violations) that are particularly serious. According to McAdam, while evaluating the concept, both the degree and proportion of violations should be considered.[80] The nature of the right at risk and the severity of impairment or restriction of the right should be considered when determining the existence of persecution.

Even though extreme weather events and other climate change-related natural disasters (e.g., water shortages, rising sea levels) cause serious harm and threaten human rights[81], in most cases, they do not meet the discriminatory element of "persecution". Moreover, people who are at risk of persecution should be exposed to such treatment because of their link to one of the five categories enumerated under the Convention. The individuals should be at risk of persecution for their race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion. Natural disasters and climate change do not make such a distinction.

However, there is a strong argument that climate refugees constitute a particular social group. According to Cooper, "environmental refugees" can be classified as a particular social group because they are politically powerless to protect

76 Ibid 22.

77 Turgut (n 39) 312.

78 Through a broad interpretation, some scholars have argued that climate change can be characterised as persecution. See, Jessica B. Cooper, "*Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*." (1998) 6(2) New York University Environmental Law Journal 480.

79 Hathaway and Foster (n 67) 182.

80 McAdam (n 34) 43.

81 Some authors assert that climate change-related disasters do not meet the severity level threshold of "persecutions". See, McAdam (n 34) 43.

their environment.[82] On the other hand, a particular group should be linked by an immutable characteristic other than the risk of persecution.[83] Otherwise, people who are victims of a random attack could satisfy this criterion, which would be an inconsistent interpretation of the Refugee Convention. A particular social group should be affected somehow differently by climate change than the rest of society at large. As we discussed above, poorer people will be more affected by the climate crisis, and this fact is consistent with Cooper's ideas because, in most cases, poor people have little political power. Thus, it can be assumed that climate refugees may constitute a particular group. However, a link should be established between the harm caused by the climate crisis and poor conditions on a case-by-case basis.

Furthermore, governments should be unable or unwilling to protect them from persecution.[84] In other words, persecution can be formulated as; serious harm for the five conventional grounds and failure of state protection. In that sense, a group of people who have been victims or are under serious risk of being victims of natural disasters should be left alone by their State just because of their race or one of the other Conventional grounds. In that sense, it is fair to assume that people who flee because of natural disasters or bad economic conditions will unlikely fall within the Convention's scope.

According to McAdam, there might be several situations where environmental refugees fall within the scope of the Refugee Convention, and she provided five examples.[85] It seems like there are two main scenarios. First, there must be a natural disaster that creates serious harm, and governments either consciously or unable to take proper measures to stop it or not help those who are the victims of the natural disaster. The second scenario requires the government to cause natural disasters such as inducing famine by destroying crops.

On the other hand, there could be different possible scenarios. For instance, people could flee their countries where armed conflicts are occurring to control water supplies. This is a likely scenario for many water-scarce African states. If those people could show that their government is either unwilling or unable to protect their lives and that the danger of serious harm is likely to happen[86], which forms a reasonable fear, they could obtain refugee status. However, in all these scenarios, people flee not only because of the impact of the climate crisis. Under the Refugee Convention('s formulation), people either cannot acquire refugee status or cannot acquire it solely based on the climate crisis; therefore, climate refugees are not inherently accepted or considered as refugees in the legal context.

82 Cooper (n 78) 524-525.

83 McAdam (n 34) 46.

84 Hathaway and Foster (n 67) 288-289.

85 McAdam (n 34) 47-48.

86 While assessing the likelihood of future harm; the harm can be less than a 50% chance, but the fear should be reasonable. See, McAdam (n 34) 49-50.

## B. The Case of Ioane Teitiota Kiribati v. New Zealand and The Relevance of International Human Rights Law

### 1. International Human Rights Law and the "Complementary Protection"

Human Rights Law is very relevant to the climate refugee problem. As explained above, the climate crisis will not only affect economic areas, such as infrastructure and public services and will also threaten people's lives. Therefore, Human Rights Law is an essential tool for eliminating these grievances that people will face.

Human Rights Law sets minimum treatment standards that all states must apply to individuals within their jurisdiction. This is very important considering that most people who will move because of the climate crisis will be internally displaced and excluded from both regional and global international refugee systems. In other words, human rights law is crucial for eliminating the grievances of internally displaced people because of the climate crisis. However, since current international law norms focus on the protection of international displaced people, we will content ourselves with the determination that Human Rights Law can be a basis for redressing the grievances of IDPs.

Another dimension of International Human Rights Law concerns the protection of international refugees. Human Rights Law allows people at risk to seek protection in other countries and sets minimum treatment standards in host countries. Human Rights Law has expanded in a sense that allows even people who are not protected by the Refugee Convention to enjoy the principle of non-refoulement.[87] This type of protection is referred to as "complementary protection", as it complements the objectives of the Refugee Convention. However, this determination is not a legal determination but is used in the same manner as concepts such as "subsidiary protection" or "humanitarian protection" are used in the literature.[88]

People seeking protection from other countries require socio-economic rights like those provided for refugees under the Refugee Convention. An important aspect of complementary protection is the obligations of host states under the Human Rights Law. However, within the scope of our study, we will focus on the most basic principle arising from complementary protection, that is, the principle of non-refoulement, which prevents host states from removing immigrants, and we will discuss whether climate refugees can enjoy such protection.

---

87 Edwards (n 30) 69.

88 A similar approach was also adopted by UNHCR. See, Runa Mandal, "*Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention, Complementary Protection*" (2005) <https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/435df0aa2.pdf> Date of access 23 October 2021.

In theory, any sufficiently serious violation of human rights may give rise to a non-refoulement obligation.[89] The UN Human Rights Committee (HRC) stated in its general comment no 31;

> "*Moreover, the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant* (International Covenant on Civil and Political Rights) *rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed.*"[90]

However, in practise, only the right to life and not to be subjected to torture, cruel, inhuman, or degrading treatment mostly gave rise to the principle of non-refoulement obligation for host countries. This is mainly because of the nature of the rights in question. The right to life and not to be subjected to torture, inhuman or degrading treatment are absolute rights that cannot be restricted. On the other hand, other human rights (such as the right to respect private and family life or the right to own property) that are likely to be adversely affected by the climate crisis are not absolute rights (mostly qualified rights) and can be restricted. In other words, such rights may give rise to the principle of non-refoulement only in exceptional cases.[91] As the House of Lords explained those exceptional circumstances in its *Ullah* decision; the right in question would be under such a real risk of severe violation that impairs the very essence of the right if the individual is sent back.[92] That is, the threshold for rights other than the right to life or the right not to be subjected to torture, inhuman, or degrading treatment would be very high, and mere violation of the right would not meet the threshold.[93] Nevertheless, complementary protection based on such rights in the context of climate crisis context is possible. The Supreme Court of Cassation of Italy emphasised that when determining whether the conditions meet the required threshold, not only situations arising from armed conflict but also situations involving social, environmental, or climatic degradation, as well as contexts of unsustainable exploitation of natural resources, should be considered.[94] Thus, climatic degradation can trigger the obligation of non-refoulement although the threshold is high.

On the other hand, it is a question mark whether absolute rights (right to life and right not to be subjected to torture, inhuman or degrading treatment), which are the main basis of complementary protection, can be applied in the context of climate

[89] Edwards (n 30) 70.

[90] HRC, General Comment no 31 (80), para 12 <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> Date of access 25 October 2021.

[91] McAdam (n 34) 53; Edwards (n 30) 70.

[92] *Regina v. Special Adjudicator es parte Ullah*, (UKHL 26 2004), para(s) 24, 50.

[93] McAdam (n 34) 81-82.

[94] *I.L. v. Italian Ministry of the Interior and Attorney General,* [2021] Corte Suprema di Cassazione

refugees. First, as Elçin reveals, relevant rights are included in many human rights conventions at both global and regional scales, and it should be accepted that these rights are respected at the whole world scale.[95] Although these rights have many bases in positive law, many conventions lack the authority to hold states responsible for non-refoulement obligations related to these rights.[96] In this respect, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) seems to be the most appropriate convention that can constitute a basis for climate refugees to enjoy complementary protection on a global scale; since the ICCPR has an enforcement mechanism that allows individual applications, namely the HRC.

In this respect, it should be considered whether climate refugees can enjoy complementary protection based on ICCPR Article 6 (right to life) and ICCPR Article 7 (prohibition of cruel, inhuman, or degrading treatment). It should be underlined that the climate crisis does not cause only rapid-onset events (such as floods) but also long-term catastrophes (or slow-onset disasters); therefore, the climate crisis would greatly harm socioeconomic rights. In this respect, it is important to determine whether socio-economic elements can be included in the scope of those rights that can give rise to non-refoulement obligation, and if so, to what extent they can be included.

Although Article 7 of the ICCPR entails a non-refoulement obligation, in theory,[97] non-refoulement jurisdiction based on the right in question was mostly developed by the European Court of Human Rights (ECtHR) rather than the HRC. As the ECtHR underlined in its *Soering* decision, both Article 2 (right to life) and Article 3 (prohibition of cruel, inhuman, or degrading treatment) of the European Convention on Human Rights (ECHR)[98] gave rise to the principle of non-refoulement[99], and since that decision, Article 3 of the ECHR is frequently used for non-refoulement-based claims.[100] Moreover, as the ECtHR underlines in its *Airey* decision, civil and political rights, such as Article 3, have socio-economic dimensions[101] , and breaches of socio-economic rights may be characterised as Article 3 of the ECHR's violations. However, treatment that violates Article 3 of the ECHR should reach a "minimum level of severity" that depends on both the objective and subjective circumstances of the case.[102]In that sense, prohibition of cruel, inhuman, or degrading treatment provisions may provide a limited basis for complementary protection claims by climate refugees. Applicants must prove that if they return to their country of origin,

95 Elçin (n 70) 40-46.

96 In other words, most of the conventions are lack of executive organs; McAdam (n 34) 83.

97 HRC, General Comment no 31 (80), (n 90), para 12.

98 European Convention on Human Rights, (adopted on 4 November 1950, entered into force 3 September 1953).

99 *Soering v. United Kingdom*, App no 14038/88 (ECtHR 07 July 1989), para(s) 101-104.

100 David Harris, Michael O'Boyle and Colin Warbrick (eds), "*Law of the European Convention on Human Rights*" Mehveş Bingöllü Kıldı, Ulaş Karan (trans.) (First edition in Turkish, Council of Europe, 2013) 82.

101 *Airey v. Ireland*, App no 6289/73 (ECtHR 09 October 1979), para 26.

102 Harris, O'Boyle and Warbrick (n 100) 72.

they will be faced with severe economic conditions that constitute a violation of Article 3 of the ECHR. In other words, Article 3 of the ECHR does not provide protection until the circumstances become intolerable. Thus, especially for climate refugees, the timing of their application is a key factor.[103] Furthermore, as the ECtHR is increasingly reluctant to grant rights to asylum seekers[104], it is fair to assume that Article 3 of the ECHR is not promising for most internationally displaced climate refugees. Given such a narrow interpretation of the right by the ECtHR, we can predict that a similar interpretation will apply to the right under Article 7 of the ICCPR.

On the other hand, in terms of the global human rights mechanism, the developing jurisdiction for the principle of non-refoulement is based on the provisions of the right to life. The right to life under the ICCPR appears to be the most promising option for complementary protection claims by climate refugees. The right to life, which entails the obligation of non-refoulement, extends to having an adequate standard of living. In other words, it encompasses the right to have the minimum necessities of life to live with dignity.[105]In a climate crisis context, the harm will be on individuals' living conditions in most cases, and the severity and extent of such harm will determine whether there has been a violation of the right to life. However, the main question that we should consider is whether the right to life allows pre-emptive flight. In other words, can individuals seek complementary protection before the conditions violate their right to life? It is an important aspect considering climate change will have adverse impacts on millions of people's living conditions through slow-onset disasters.

In terms of complementary protection claims, the focus will be on the potential harm that individuals may face if they are removed. As the HRC underlined, there should be "*substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm*".[106] Thus, unlike the Refugee Convention, in which the risk of harm could be less than %50, the forward-looking assessment of harm has been interpreted in a narrow sense. That is, a hypothetical risk is insufficient and must be actual or imminent.[107] However, suppose the applicant could show that slow-onset environmental degradation will have long-term effects that violate their right to life. In this case, the applicant can enjoy complementary protection. However, the applicant must have sufficient evidence, which seems difficult to achieve.

Another issue that should be discussed is whether international human rights mechanisms can base their decisions solely on normative principles. In other words, it must be questioned whether courts (or states) will render protection to individuals

[103] McAdam (n 34) 84-87.

[104] See, *Ilias and Ahmad v. Hungary*, App no 47287/15 (ECtHR (GC) 21 November 2019); *N.D. and N.T. v. Spain*, App no 8675/15 and 8697/15 (ECtHR (GC) 13 February 2020).

[105] McAdam (n 34) 56.

[106] HRC, General Comment no 31 (80), (n 90), para 12.

[107] McAdam (n 34) 57.

seeking refuge due to the effects of climate change, even if the applicant provides sufficient evidence. While the law is supposed to be normative, it must also be grounded in a concrete social environment. In the context of international law, this environment is shaped by sovereign states' will.

Güneş and Çelenk argue that in cases with normative outcomes for international disputes, these two aspects of law—normative principles and the will of sovereign states—can cancel each other out, rendering legal objectivity impossible. The justification for a decision could be based either on the sovereign state's will or on the overarching principles of human rights. Consequently, the decision will be political rather than objective. Therefore, the decisions of international human rights tribunals must be constrained by the political needs of sovereign states.[108]

As a result, it is fair to assume that complementary protection does not allow pre-emptive flight in most cases. However, international human rights mechanisms are still promising for providing complementary protection to climate refugees, especially where the adverse effects of climate change have occurred. Moreover, human rights mechanisms are "living instruments" that can be interpreted according to the needs of human beings. In this way, we examine the first adaptation to the existing human rights criteria in the context of climate crisis and climate refugees.

## 2. Case Study: Ioane Teitiota v. New Zealand

A groundbreaking decision (also the first decision of the HRC on the topic) regarding climate refugees and the principle of non-refoulement was the "*Ioane Teitiota v New Zealand*" decision of the HRC.[109] The author of the communication is Ioane Teitiota, a man from Kiribati who sought refuge in New Zealand because of climate change-related issues.

According to the author's statement, he was forced to leave his native Tarawa Island for New Zealand as a combined result of water scarcity (due to the contamination by rising salty sea water), overcrowding, erosion, a housing crisis, land disputes, and related violence. Thus, he sought asylum in New Zealand. In order to evaluate the application; The Immigration and Protection Tribunal, which is responsible for assessing such applications, was considered an expert, and the 2007 National Adaptation Programme of Action filed by Kiribati under the UN Framework Convention on Climate Change(UNFCC). Both the Expert and the Adoption Programme revealed the general and systematic deterioration of living conditions in Kiribati due to climate change.[110]

[108] Güneş and Çelenk (n 46) 217-226.

[109] "*Ioane Teitiota v. New Zealand"*, CCPR/C/127/D/2728/2016 (HRC 24 October 2019).

[110] Ibid 2

Although the Tribune found the author credible, it nevertheless rejected the applicant for refugee status. The Tribune expressed its decision as follows: *"the author did not objectively face a real risk of being persecuted if returned to Kiribati*".[111] In addition to the rejection of the application, The Tribune decided to deport I. Teitiota back to Kiribati. Ioane Teitiota sought to appeal the Tribune's decision. The Supreme Court rejected the appeal while avoiding the rejection of "*the possibility that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could create a pathway into the Refugee Convention or other protected person jurisdiction*".[112]

After unsuccessful attempts to find a solution at the national level, I. Teitiota sought remedies in the HRC and claimed that New Zealand had violated his right to life under the ICCPR. Although the Committee decided that New Zealand had not violated the author's right to life under Article 6(1) of the ICCPR;[113] it nevertheless expressed some ground-breaking findings. The HRC accepted and underlined that climate change is a real threat to the right to life by expressing:

> *"The Committee recalls that the right to life cannot be properly understood if it is interpreted in a restrictive manner, and that the protection of that right requires States parties to adopt positive measures. The Committee also recalls its general comment No. 36 (2018) on the right to life, in which it established that the right to life also includes the right of individuals to enjoy a life with dignity and to be free from acts or omissions that would cause their unnatural or premature death (para 3) The Committee further recalls that the obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 of the Covenant even if such threats and situations do not result in the loss of life. Furthermore, the Committee recalls that environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life."*[114]

Moreover, The committee has cleared the way for climate refugees to enjoy complimentary protection mechanisms, namely the "non-refoulement" principle by declaring that:

> *"...The Committee is of the view that without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving States may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the non-refoulement obligations of sending States. Furthermore, given that the risk of an entire country becoming submerged under water is such an extreme risk, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized."*[115]

[111] Ibid 4

[112] Ibid 5.

[113] Ibid 12.

[114] ibid 9 .

[115] ibid 11

Despite the fact that the Committee's decision has not provided Ioane Teitiota with the remedy he was expecting; it is celebrated by many as a milestone for the protection of climate refugees. As Safi expresses: "*...While different court decisions on different elements of the refugee definition lead to differing criteria for refugee recognition between states, the situation for asylum seekers is uncertain. For this reason, every new decision that can constitute case law in terms of refugee law is important. The decision that is the subject of this study is also a historical decision that can lead to state practices and therefore court decisions."*[116]

Nevertheless, it is fair to emphasise that the decision also sets some limitations. First, although the HRC acknowledged that Kiribati was severely affected by the climate crisis, it decided that these conditions did not meet the threshold for violation of Article 6. In this respect, if the effects of the climate crisis in Kiribati do not meet this threshold, it is a question mark under what conditions can meet. Second, the HRC has given particular emphasis to Kiribati's efforts to combat the climate crisis. However, the emphasis here is only on Kiribati's plan to combat the climate crisis. However, they did not discuss whether this plan is an effective way to address the consequences of the climate crisis.[117]

In conclusion, despite its limitations (especially considering the evaluation on the non-refoulement principle), the decision paved the way for more effective protection of climate refugees.

## III. Mitigating the Problem

### A. Insufficiency of the Existing Protection Mechanisms in International Law

In light of our examinations, it is fair to conclude that the existing international human rights system is insufficient to address the refugee crisis. We will try to identify such insufficiency in this direction before moving on to our proposals for solving the refugee crisis.

From our perspective, one of the main problems of the current system is the traditional understanding of human rights decision-making system, which offers individualised solutions to structural and global crises. In other words, while the climate crisis affects people's living conditions on a massive basis and can lead to mass migration, the traditional human rights system offers individualised solutions instead of a group-based approach. Many scholars argue that solutions to global

[116] Safi (n 71) 510.

[117] Adaena Sinclair-Blakemore, "*Teitiota v New Zealand: A Step Forward in the Protection of Climate Refugees under International Human Rights Law?"* (OxHRH Blog, 2020) <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-new-zealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law> Date of access 22 October 2021.

problems can be provided through collective-based rather than individual-based rights.[118] In the context of climate refugees, McAdam asserts that coming from an area affected by the climate crisis should justify the movement and be sufficient to enjoy (at least) complementary protection. However, the structure of the current system requires that subjective characteristics as well as objective movement characteristics be considered. In other words, to enjoy protection, individuals must show why the climate crisis affects them personally.[119] This individualised approach is insufficient despite global problems and constitutes a structural problem. To provide adequate solutions, the system should employ a group-based approach.

On the other hand, the current refugee law provides protection only to a limited number of individuals, especially climate refugees. As discussed above, the Refugee Convention offers a very limited scope for addressing climate refugees. First, while most climate refugees will move within their national borders, IDPs are outside the scope of refugee law. Although several attempts have been made to protect IDPs[120], these efforts are insufficient in the face of a global crisis.

The second problem is that climate refugees largely do not fall within the scope of the Refugee Convention and therefore do not enjoy protection stemming from it. To solve this problem, many authors have argued either a new refugee convention encompassing climate refugees or an annex to the Refugee Convention that would also embrace climate refugees.[121] Moreover, there are efforts to expand the scope of refugee definition in international law.[122] Indeed, the two prominent regional legal documents regarding refugee rights, namely the OAU Convention and the Cartagena Declaration, define refugees as people who have been displaced due to "*events seriously disturbing the public order*"[123], and one might claim that climate refugees are within the scope of these definitions. Although these definitions are more inclusive than the Refugee Convention in certain dimensions, they are far

[118] One of the famous proposals for the collective right approach is "planetary rights" proposed by Weiss. See, Edith Brown Weiss "Intergenerational Equity in International Law" (1987) 81 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 126, 132-133.

[119] McAdam (n 34) 87-89.

[120] See, African Union Convention For the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), (adopted on 23 October 2009, entered into force 06 December 2012), Article 5/4 "*States Parties shall take measures to protect and assist persons who have been internally displaced due to natural, or human made disasters, including climate change*."; In addition, the problem of IDPs has begun to be recognised on a global scale, See, New York Declaration for Refugees and Migrants, para 20 "*We recognize the very large number of people who are displaced within national borders and the possibility that such persons might seek protection and assistance in other countries as refugees or migrants. We note the need for reflection on effective strategies to ensure adequate protection and assistance for internally displaced persons and to prevent and reduce such displacement.*".

[121] Safi (n 71) 537; Turgut (n 39) 325-326; In addition, a draft convention has been prepared regarding this issue, See, "Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons" (third version) <ttps://cidce.org/wp-content/uploads/2016/08/Draft-Convention-on-the-International-Status-on-environmentally-displaced-persons-third-version.pdf> Date of access 27 September 2021.

[122] See, Article 1/2 of the OAU Convention; See, Article III/3 of the Cartagena Declaration on Refugees (Cartagena Declaration), Adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico, and Panama (adopted on 22 November 1984).

[123] This is the wording of the OAU Convention. According to the Cartagena Declaration, "*persons who have fled their country because… other circumstances which have seriously disturbed public order*." are included as refugees.

from encompassing all climate refugees. In fact, to fall within those definitions; the event that seriously disturbs public order must *exist as a matter of fact*.[124] In other words, contrary to the Refugee Convention, which assesses the risk of future harm, pre-emptive flight is not covered by those definitions.[125]Therefore, while those who flee because of rapid-onset disasters may enjoy refugee status; those who flee from slow-onset disasters are excluded until a certain level of severity threshold is met. As a result, they are expected to suffer constantly until this severity threshold is met. Thus, it is fair to conclude that even those definitions are insufficient to remedy the climate refugee crisis; hence, a comprehensive definition that provides protection for all climate refugees is needed.

As we have discussed above, human rights mechanism contains the potential to remedy the climate refugee crisis. However, because of the lack of a risk assessment nature, they could only be a remedy for situations after damage has been done.[126] Moreover, even in cases where harm has occurred, the international law system based on state sovereignty will place courts and/or states at a crossroads between the ideal of protecting human rights and the realpolitik of the decisions to be made. In other words, decisions will not be objective but subjective and political. This, in turn, leaves very limited room for decisions in favour of those seeking refuge because of the climate crisis.[127] Hence, the existing human rights system is also insufficient for solving the crisis.

However, we must admit that all these problems are secondary. Our analyses reveal that the fundamental problems are the reluctance of states to take adequate action and alter their contemporary production system (which doesn't prioritise the environment and commercialise nature) to solve the global crisis.[128] In other words, while the existing Refugee Law and Human Rights Law mechanisms are insufficient to resolve the current crisis, states are avoiding a comprehensive approach to the crisis because of the financial burdens it will create. Moreover, empirical studies on the implementation of human rights mechanisms show that even existing mechanisms have serious enforcement problems.[129]

Although a comprehensive definition of the refugee is necessary, if this definition is accepted and implemented, the definition to be created will have a practical

[124] UNHCR, "*Legal Considerations Regarding Claims for International Protection Made in context of the Adverse Effects of Climate Change and Disasters*" (2021) 33(1) International Journal of Refugee Law 151, 162.

[125] McAdam (n 34) 49.

[126] Ekşi (n 37) 41.

[127] Güneş and Çelenk (n 46) 217, 226.

[128] According to Turgut, to solve the climate refugee crisis, capitalist production methods must be questioned. However, states are reluctant to recognise this fact, Turgut (n 39) 339.

[129] As an example, See the map revealing how much of the ECtHR decisions are implemented by the states parties, European Implementation Network, "*Country Map*" <https://www.einnetwork.org/countries-overview> Date of access 28 October 2021.

counterpart. However, in the face of this reluctance of the states, it seems difficult to implement a comprehensive definition that will eliminate the grievances; since the states are reluctant to implement even the relatively less demanding measures of the current legal documents. Moreover, what needs to be done to solve the refugee crisis is the elimination of the problem that caused the crisis itself, in addition to a broad definition of refugees.[130] That is, fighting the climate crisis.

## B. Draining the Swamp: Fighting the Climate Crisis

### 1. On the Necessity of Draining the Swamp

As discussed in the previous topic, the international legal texts (mainly the Refugee Convention), which are aimed at refugee rights, depend on the principle that refugees will be extant; since the very existence of refugee rights could be ineloquent if there were no refugees to claim and exercise those rights. Thus, it is fair to assert that, instead of ceasing the reasons which force people to seek refuge in the first place, current legislation mainly focuses on protecting refugees after being forced to seek refuge.

Although it is necessary to provide refugees with rights and international protection, this can only partially ameliorate their situation. Because even refugees who have arrived in so-called "first world countries," such as the United States, are psychologically more vulnerable than other immigrant groups.[131] Therefore, being a refugee, even in developed countries, is a challenging way of existing. Moreover, considering those who are even less fortunate since they are not able to leave their home country might face even worse consequences in their home country[132]; it is clearly more efficient to fight against the substructure that creates the superstructural result of refugees, both for refugees and those who cannot even become refugees.[133]

In the context of climate refugees, the substructure that creates the superstructure made up of climate refugees is the climate crisis. Thus, if we can overcome the climate crisis, it will be possible to prevent climate refugees from suffering before they even exist. Moreover, unlike legal solutions (like the Refugee Convention) that are aimed at protecting refugees when they seek refuge; overcoming the climate crisis means that both refugees and those who do not have the chance to seek refuge might be protected.

---

[130] This does not mean that efforts to ensure refugee status for climate refugees are not important. On the contrary, these efforts are crucial. However, suggesting a broader definition of refugees is not the key to solving the refugee crisis. See, Turgut (n 39) 337-338.

[131] American Psychological Association, "*Crossroads the Psychology of Immigration in the New Century/ Report of the APA Presidential Task Force on Immigration - Executive Summary*" (2012), 8 <https://www.apa.org/topics/immigration-refugees/executive-summary.pdf> Date of access November 9, 2021.

[132] See, Part I. B. "*The phenomenon of Refugee Crisis*".

[133] The term "substructure" here refers to the causes and circumstances that force people to seek refuge. Thus, the term "superstructure" refers to those who seek refuge for underlying substructural reasons.

Another benefit of targeting the substructure, namely, the climate crisis, is that it would make the lives of the remaining refugees by simply reducing the total number of refugees since, as explained before[134], there is a correlation between the rising number of refugees and anti-refugee populist movements. In other words, a possible success in the climate crisis does not only mean preventing millions of people from becoming refugees or ameliorating the lives of those who cannot even afford to become refugees; but also means better protection and conditions for those who seek refuge due to reasons other than the climate crisis. Therefore, it enables refugees to have and exercise rights with better enforcement.

Nevertheless, it shall be emphasised that, even within the most optimistic estimates, we will face the results of climate change to some degree[135]; thus, it is quite possible that there will be climate refugees who will need legal protection, regardless of the success of efforts to combat climate change. In conclusion, neither legal remedies aimed at protecting extant refugees nor combating climate change are adequate by themselves; in order to maximise the protection, both the first and second kinds of solutions are necessary. Moreover, it is only a matter of common sense that climate refugees, who sit at the crossroads of the climate crisis and the refugee crisis, can be adequately protected by a combination of climate action and refugee rights.

## 2. Tools to Combat Climate Change

In order to fight the climate crisis, the tools needed to conduct this struggle must be carefully chosen. These tools can be categorised dually; namely, the legal tools and the technological tools.

### a. Legal Tools

The research named "Peoples' Climate Vote", demanded by the UN Development Programme (UNDP) and conducted by the University of Oxford, displays support for climate action among the majority of individuals who represent over half the world's population.[136] Thus, it can be righteously asked why humanity is failing[137] in its fight against climate change when most people favour climate action. This very question reflects the fact that it is not the people but the states that can effectively prevent climate catastrophe. Then it shall be asked again: in the overwhelming majority of the world, politicians are elected by the people; so why does such a contradiction exist in the first place? There are two underlying problems that might have contributed to this

[134] See, Part: I. B. "*The phenomenon of Refugee Crisis".*

[135] See, Part I. A. 2. "*2. Current and Possible Outcomes of the Climate Crisis*".

[136] UNDP, "*World's Largest Survey of Public Opinion on Climate Change: A Majority of People Call For Wide Ranging Action*" (n 30).

[137] The Economist, "*The world is losing the war against climate change*" (27.08.2018) <https://www.economist.com/leaders/2018/08/02/the-world-is-losing-the-war-against-climate-change> Date of access October 11, n 2021.

contradiction. The first problem occurs on a global scale; the second problem occurs on a local scale.

The first problem lies in how global legal and political systems are designed. The modern international system reveals itself nominally. Namely, global politics are imagined and constructed not as a field of interaction between mortal human beings but as a playground between fictional nations[138] or "inter-nations". Thus, global politics and initiatives are not only based on but also limited by states' sovereignty. The concept of national sovereignty is so strictly dwindled with our modern epistemology that for many, it is impossible to imagine a world without it.[139] In the UN Charter, the concept of national sovereignty is emphasised and enshrined as follows: "*Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state…*".[140]

Sovereign states are the essence of international law because their will and consent are the keystones of our legal and political landscape. This issue is expressed in the preamble of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) as follows: *"Noting that the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized...*".[141]

On the contrary, the climate crisis is above nations since the earth's climate realities do not recognise fictive nations or borders. Therefore, humanity must solve a global problem by using only local tools. As a result of this paradigm, international organisations and agreements, which depend on sovereign states' will and consent, are the closest things to global-scale cooperation. Thus, international legal structures, namely international organisations and agreements, are the ultimate tools to fight climate crisis.

The two most prominent international legal structures regarding climate action are the two UN agreements (both of which are related to the UNFCC) that are aimed at fighting against climate change: the Paris Agreement (2015) and the Kyoto Protocol (1997). Both are dependent on the parties' (the states') consent, commitment and goodwill to achieve their goals since there are no superior mechanisms (such as a higher supranational assembly or a bureaucratic mechanism) that can surpass national sovereignties and directly implement the agreements. As a result, the states must comply with the provisions laid down in the agreements.

---

138 Benedict Anderson, "*Hayali Cemaatler: Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması*", İskender Savaşır (trans.) (Metis Yayınları 2020) 23-26.

139 Christian Volk, "*The Problem of Sovereignty in Globalized Times*" (2019) (Law, Culture, and the Humanities) Sage Publication).

140 See Article 2/7 of the United Nations Charter (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945).

141 See preamble of the Vienna Convention on the Law of Treaties (signed on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980).

Furthermore, the States are not obliged to become parties to the agreements (or any other legal document). Thus, no state can be forced to become a party to the agreements or to adopt climate action. Also, it should be emphasised that parties can freely withdraw from the agreements, as there are no legal obstacles or sanctions to prevent them from doing so. Moreover, while the United States officially withdrew from the Paris Agreement on November 4, 2020; Canada withdrew from the Kyoto Protocol in 2011. Neither of the two countries faced sanctions regarding their withdrawal because no sanctions envisaged in either of the agreements regarding the withdrawal of parties.

Another issue regarding the agreements is the lack of enforcement. The mechanisms of compliance and enforcement envisaged in the Kyoto Protocol are relatively weak compared to domestic courts.[142] Meanwhile, the Paris Agreement provides no legal sanction for failure to comply with the agreement. Nevertheless, it is possible that these two agreements would become a part of the signatory states' domestic law and could be litigated as a matter of domestic law. Indeed, in the "State of the Netherlands v. Urgenda Foundation" (2019) decision, Supreme Court of the Netherlands ruled that the Netherlands failed to take adequate action to fight climate change and clearly emphasised the Netherlands' legal commitment to international law.[143]

Concerning the Paris Agreement, it should be emphasised that the commitments designated by the parties are too modest to achieve the agreement's goals.[144] Moreover, many states are reluctant to raise their commitments[145], and in the context of the Paris Agreement, it is legally impossible for them to do so.

The second problem is that even if the people of a country demand climate action, the government may not always comply with the will of the people because of various motivations. The contradiction between the will of people and the public policies stems from different reasons in different countries. In many countries, policymaking might be dominated by interest groups. For example, political scientists Martin Gilens and Benjamin I. Page stated in their influential study "T*esting Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*" that "*When the preferences of economic elites and the stands of organized interest groups are controlled for, the preferences of the average American appear to have only a minuscule, near-*

[142] Michael Grubb, "*The Economics of the Kyoto Protocol*" (2003) 4(3) World Economics 143, 157.

[143] *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, Case Number: 19/00135 ECLI:NL:HR:2019:2007 (The SupremeCourt of the Netherlands 2019).

[144] UNFCCC, "*Climate Commitments Not On Track to Meet Paris Agreement Goals" as NDC Synthesis Report is Published*", (26.02.2021) <https://unfccc.int/news/climate-commitments-not-on-track-to-meet-paris-agreement-goals-as-ndc-synthesis-report-is-published> Date of access November 12, 2021.

[145] Climate Action Tracker, "*CAT Climate Target Update Tracker*" <https://climateactiontracker.org/climate-target-update-tracker/list-non-updating-countries/> Date of access November 12, 2021.

*zero, statistically non-significant impact upon public policy*."[146] and added "*When a majority of citizens disagrees with economic elites or with organized interests, they generally lose. Moreover, because of the strong status quo bias built into the U.S. political system, even when fairly large majorities of Americans favor policy change, they generally do not get it*".[147]

Although the example above might be considered an isolated and individual anomaly, the contradiction between people's values and governments' legal policies is starkly common. In her research named "Unpopular Constitutionalism", Mila Versteeg claims that "*Constitutions are commonly thought to express nations' highest values. They are often proclaimed in the name of "We the People" and are regarded—by scholars and the general public alike—as an expression of the people's views and values. This Article shows empirically that this widely held image of constitutions does not correspond with the reality of constitution making around the world. The Article contrasts the constitutional-rights choices of ninety countries between 1981 and 2010 with data from nearly one-half million survey responses on cultural, religious, and social values conducted over the same period. It finds, surprisingly, that in this period, the link between nations' specific constitutional choices and their citizens' values has generally been weak or non-existent."*[148]

In addition to the claims above; as mentioned in the famous Brundtland Report (1987)[149], it is not only ordinary voters who have little effect on the system but also future generations, who cannot even vote today, who face the fatal consequences of climate crises, although they make comparatively little to no contribution to the system that dooms them. Again, as expressed in the report; people from lower economic classes, citizens of the developing world, and future and younger generations will face the worst consequences of the climate crisis, even though they have no actual power to stop it.

In conclusion, undermining or ignoring democratic demands is not an endemic situation in policymaking. Thus, it is not surprising that the ever-growing public demand for climate action is being ignored by governments. For countries populated by people who prioritise climate action, democracy would be a transformative tool.

---

[146] Martin Gilens, Benjamin I. Page, "*Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*" (2014) 12(3) Perspectives on Politics, American Political Science Association, 564, 575.

[147] Ibid 576.

[148] Mila Versteeg, "*Unpopular Constitutionalism*" (2014) 89 (3) Indiana Law Journal 1133; It shall be emphasized here that it is necessary to express our gratitude to Şafak Evran Topuzkanamış, who has translated the article "Unpopular Constitutionalism" to Turkish, since she enabled the writers of this article to become aware of the article "Unpopular Constitutionalism" in the first place. See: Mila Versteeg, translation to Turkish: Şafak Evran Topuzkanamış, "*Popüler Olmayan Anayasacılık*" (2018) 20 Dokuz Eylül University Law School Review 125.

[149] See, UN Secretary-General, World Commission on Environment and Development, "*Our Common Future*", <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> Date of access November 7, 2021.

Nevertheless, the relationship between climate action and democracy isn't necessarily a harmonious one. Some populist regimes and politicians may adopt counterproductive climate policies through democratic means. As mentioned above, according to research that focuses on countries in the European Union (EU); right-wing populist governments in North-Western and Eastern Europe are related to more GHG emissions, while left-wing populist governments in Southern Europe are related to less GHG emissions.[150] A remarkable example of democratic reactions with anti-climate action tendencies is the "Gilets Jaunes" (Yellow Vests) movement in France, where the protestors were against the new carbon tax, which was aimed at reducing carbon emissions.[151]

In conclusion, the lack of a supranational climate organisation and the dominance of national sovereignty jeopardise the efforts to adopt global climate action. Initiatives such as the Paris Agreement and the Kyoto Protocol are doomed to always be in a fragile state that is constantly under the threat of collapse. More vehemently, this fear of collapse is not in vain, as seen in the U.S.A.'s decision to withdraw from the Paris Agreement and Canada's decision to withdraw from the Kyoto Protocol. Thus, national sovereignty is swinging as the sword of Damocles over the heads of many generations. Although countries cannot be legally forced to take more effective action to prevent climate catastrophe, growing public awareness does not seem effective either.

Then how can humanity transcend these issues and possible climate catastrophe? One may propose fortifying the agreements through more assertive climate goals or to draft new international agreements. Although these proposals might sound like good ideas, one should not forget the problems associated with the current international agreements because many of the problems associated with the two UN agreements are inherent to any international agreement. The main issue here is how the global legal system is organised. Whether it is the Paris Agreement or any other future agreement in the same context, the states cannot be forced to sign or conduct international agreements.

One possible solution to overcome this dilemma between international law and national sovereignty be the example of the Netherlands. In the example of the Netherlands, international law has become part of national law. This solution seems to be in accordance with the current international legal system since it depends on the logic that sovereign states are the ultimate decision-makers. Nevertheless, despite its simplicity, this solution contains all the flaws inherent in international agreements.

---

[150] Jahn (n 44) 991-992.

[151] Audrey Berry, "*Gilets jaunes : Comment rendre juste la taxe carbone et minimiser ses impacts sociaux?*" (16.11.2018 Le Monde) <https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/11/16/gilets-jaunes-comment-rendre-juste-la-taxe-carbone-et-minimiser-ses-impacts-sociaux_5384629_3232.html> Date of access October 12, 2021.

First, states cannot be forced to integrate international law into their domestic legal systems. Second, even if countries integrate international law into their domestic legal systems, they can alter domestic legislation or even constitutions that enable integration in the first place. Finally, and most importantly, even though the example of the Netherlands is in accordance with the national sovereignty-based current understanding of the global legal system, it contains a fatal flaw that stems from the fact that humanity must act very quickly.

As mentioned earlier, humanity has a limited amount of time in order to prevent a climate catastrophe. As one can imagine, necessary climate action may not be taken quickly enough if the priority is the consent and will of the 193 member states represented in the United Nations. Considering that humanity has nearly a decade left to avoid a climate catastrophe and the risk of reaching an irreversible tipping point,[152] the speed of action is as crucial as the action itself; thus, it is fair to assume that looking for each of the 193 states' consent might not be the most efficient way to take action before running out of time. Especially considering the right-wing populist movements' counterproductive policies and policymakers' general indifference towards voters' priorities, the paradigm which prioritises national sovereignty seems even more problematic.

Here, one might righteously express that there is no need for each of the 193 states to act because of the immense disparity regarding carbon emissions. Although this approach is practically accurate, it reveals another problem: countries that will face the most devastating effects of the climate crisis are not the ones who contribute the most to it. For example, the continents of Africa and Oceania will face the worst effects of the climate crisis[153], although their contribution to the climate crisis is trivial in comparison.[154] Thus, different countries might have a different sense of emergencies; and very tragically, countries expected to face the worst consequences have minor political gravitas to stop the crisis in which their contribution is relatively small. As a result of this political reality, although the paradigm which prioritises national sovereignty seems to establish justice and equality between states, that paradigm actually creates a huge "climate injustice" between various countries and regions.

To summarise the flaws of the sovereigntist paradigm, consider the general apathy of policymakers towards the climate crisis, followed by the disparities between states. Even if the countries are viewed as homogeneous and equal entities (as the sovereigntist paradigm suggests), there is still a lack of legal tools to impose necessary policies on the states because their consent is prioritised.

[152] See, Part I. A. 2. "Current and Possible Outcomes of the Climate Crisis".

[153] Germanwatch, "*Global Climate Risk Index 2021*" (25.01.2021 Reliefweb) <https://reliefweb.int/report/world/global-climate-risk-index-2021> Date of access May 29, 2021.

[154] Global Carbon Atlas, "*Country Emissions*" <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions> Date of access May 29, 2021.

In conclusion, given the conundrum created by the current international system regarding the climate crisis and the vehemently limited amount of time to untie this incomprehensible conundrum, an ad hoc supranational authority that would free humanity's hands to avoid a possible climate catastrophe appears to be the most effective solution thus far. An ad hoc supranational authority (which would be limited to climate action) would implement crucial measures and enforce them by surpassing the states. Although the idea of such a supranational authority is in direct conflict with the concept of a sovereign state; it shall be emphasised that the concept of the sovereign state is also a relatively new concept[155], even though contemporary humans experience its omnipresence today. Therefore, humanity's interaction with the environment is much older and more intense than its interaction with the concept of sovereign states. While it is evident that humans can survive and thrive in the absence of sovereign states, the scientific projections clearly reflect that a possible climate catastrophe could be a bitter blow to humanity[156].

### b. Embracing the Anthropocene by Technological Tools

Both the Kyoto Protocol and the Paris Agreement envisage a negative approach towards the human effects on nature; namely, they are aimed at decreasing humanity's effects (carbon emissions) on nature. This perspective reflects the mentality that human impacts on nature are necessarily evil and ignores the possibility of a "good Anthropocene".[157] Although the current trend of the Anthropocene seems clearly devastating for humanity, it does not necessarily mean that there could not be a good version. Furthermore, because the humanities' effects on nature are so omnipresent and ancient; By some, it is thought that efforts to preserve a pre-Anthropocene world are just anachronistic.[158]

Indeed, there are proposals that humans can actively contribute to creating a more liveable and viable Earth. Thus, we shall not only try to prevent climate catastrophe by simply reducing carbon emissions, but we shall also positively act to create a more liveable planet for future generations. One of the best candidates for these solutions is the "carbon capture" technology. Although there are several versions of this technology[159], the main principle is to capture CO2 from the atmosphere. Even though this technology has the potential to be beneficial, it is currently insufficient to have a meaningful impact on the critical timeline required.

---

155 Oona A. Hathaway, "*International Delegation and State Sovereignty*" (2008) 71 Law and Contemporary Problems 115, 146.

156 UN (n 19).

157 Ellis (n 4) 4.

158 Ibid 103.

159 Najmus Sifat and Yousef Haseli, "*A Critical Review of CO2 Capture Technologies and Prospects for Clean Power Generation*" (2019) 12(21) Energies < https://www.mdpi.com/1996-1073/12/21/4143/htm> Date of access November 12, 2021.

According to the European Academies Science Advisory Council's (EASAC) report on negative-emission technologies (namely: afforestation and reforestation, land land management to increase and fix carbon in soils, bioenergy production with carbon capture and storage, enhanced enhanced weathering, direct capture of $CO_2$ from ambient air with $CO_2$ storage, ocean ocean fertilisation to increase $CO_2$), all of the current negative-emission technologies are insufficient to fulfil the goals of the Paris Agreement, even though they might become useful in the long term.[160]

Considering the limited time before a climate catastrophe, reducing human emissions seems the only viable approach, despite the future potential of the above-mentioned technologies. Thus, since we cannot positively reduce our emissions, we need to produce fewer emissions. This, in turn, means that we cannot keep business as usual in terms of carbon emissions because we will not have *deus ex machina* technologies which will let us produce carbon emissions as much as we like.

## Conclusion

It is clear that the climate crisis will have adverse effects on the living conditions of many people and will lead to the displacement of a considerable number of people. Therefore, the climate crisis will transform the refugee phenomenon, which is already a problematic issue, into a deep crisis. Climate refugees are at the crossroads of these climate and refugee crises, and solving these crises is not only essential for them but also for the rest of humanity. In that sense, after revealing the crisis, we examined whether the existing protection mechanism could be a remedy.

In this context, we first evaluated whether climate refugees are within the scope of the Refugee Convention, the fundamental legal document under refugee law. However, like many other authors, we argue that due to the contingent nature of the Refugee Convention, it is challenging, if not impossible, for climate refugees who are solely based on the climate crisis to acquire refugee status under the Refugee Convention. Yet, the Refugee Convention is not the only means by which individuals seeking refuge can be protected. States also have protection obligations stemming from Human Rights Law. Accordingly, we determined that the right to life and prohibition of ill treatment are fundamental rights that can be a basis for climate refugees to seek asylum in other countries.

An important decision that will pave the way for the protection of climate refugees within the framework of Human Rights Law is the *Ioane Teitiota v. New Zealand* decision of the HRC dated 2019. With this decision, it was accepted for the first time in international law that the climate crisis could result in a violation of the right to

[160] EASAC, "*Negative emission technologies: What role in meeting Paris Agreement targets*?" (2018) 1-11 <https://easac.eu/fileadmin/PDF_s/reports_statements/Negative_Carbon/EASAC_Report_on_Negative_Emission_Technologies.pdf> Date of access November 10, 2021.

life. Conversely, Human Rights Law is fundamentally inadequate in resolving the climate refugee crisis because of both its ex-post justice nature and its individualised solution offering structure. Moreover, the non-refoulement obligation under Human Rights Law arises if only relevant rights are violated above a certain threshold. Therefore, considering that the adverse effects of the climate crisis would emerge slowly but steadily in most cases, we can assert that the limited protection stemming from Human Rights Law is of even more limited character for climate refugees. As a result, it is fair to assert that no adequate protection instrument in international law can offer a comprehensive remedy for climate refugees.

On the other hand, there are concrete efforts on a regional scale to protect climate refugees, but these regional efforts are insufficient despite a global crisis. Current inadequate efforts focus only on the superstructure of the problem, that is, eliminating the grievances of climate refugees. However, the phenomenon that would cause the refugee crisis is the climate crisis itself. To solve the refugee crisis, the focus should also be on combating the climate crisis. Moreover, empirical studies have revealed that even if the climate crisis is successfully managed, a certain number of climate refugees are inevitable. Hence, the climate refugee crisis has a two-pronged solution, addressing the grievances of climate refugees and combating the climate crisis; these solutions should be offered on a global scale in the face of a global crisis. In this respect, the solution passes through the joint work of sovereign states, that is, international organisations.

The main obstacle standing in front of both in the elimination of the grievances of climate refugees and the effective fight against the climate crisis is the understanding of the sovereign state on which international law is based. Sovereign states are reluctant to come up with a comprehensive solution to the problem because it will fundamentally cause great financial burden and change production methods. Moreover, it shall be emphasised that even though public opinion favours climate action, state policies and legislation do not necessarily correlate with public opinion.

In conclusion, in order to comprehensively address the problem and enable climate refugees' benefit from "refugee status", enactment of a new convention or an annex to Refugee Convention, as well as the foundation of an ad hoc international organisation has to be considered to fight the climate crisis. While technological progress has the potential to assist future legal policies, as it enables the tracking of effects and keeps people masses connected, it cannot replace the impacts of legal and political implementations in the short term. Thus, considering the limited amount of time for climate action, it is no more than a futuristic fad to expect technological progress to become *deus ex machina* which would replace legal and political tools. Consequently, it is not realistic to ascribe such a role to technology.

Yet, all of our proposals are based on the consent of sovereign states, which are the main subjects of international law, and it remains to be questioned how the interest groups that the management of these states have, despite the majority of the people, will approve this transformation. In the end, the effectiveness of our proposals remains on the consent of sovereign States, as well as the interest groups' approval to transform ongoing production and recycling models into more environmentally friendly and sustainable models that enable people to survive in their homelands, develop participation models to reduce the existing effects of climate change on communities, and take precautions to control negative effects, especially on the poorest parts of the world.

**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.

## Bibliography

### *Internet Resources*

*"New Revised Standard Version Bible*", (Bible Gateway) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis+1%3A26&version=NRSV> Date of access 30 Septeber 2021

*"The Quran*", Mufti Taqi Usmani (trans) (Quran.com) <https://quran.com/16/14?translations=43,101,20,84,21,17,19,95,22,18> Date of access 30 September 2021

American Psychological Association, "*Crossroads the Psychology of Immigration in the New Century/ Report of the APA Presidential Task Force on Immigration - Executive Summary*" (2012), 8 <https://www.apa.org/topics/immigration-refugees/executive-summary.pdf> Date of access 09 November 2021

Berry A, "*Gilets jaunes : Comment rendre juste la taxe carbone et minimiser ses impacts sociaux?*" (16.11.2018 Le Monde) <https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/11/16/gilets-jaunes-comment-rendre-juste-la-taxe-carbone-et-minimiser-ses-impacts-sociaux_5384629_3232.html> Date of access 12 October 2021

Blakemore AS, "*Teitiota v New Zealand: A Step Forward in the Protection of Climate Refugees under International Human Rights Law?"* (OxHRH Blog, 2020) <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-new-zealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law> Date of access 22 October 2021

Climate Action Tracker, "*CAT Climate Target Update Tracker*" <https://climateactiontracker.org/climate-target-update-tracker/list-non-updating-countries/> Date of access 12 November 2021

Climate Watch, "*Historical GHG Emissions*" <https://www.climatewatchdata.org/ghg-emissions?end_year=2018&start_year=1990> Date of access 06 November 2021

EASAC, "*Negative emission technologies: What role in meeting Paris Agreement targets*?" (2018) 1-11 <https://easac.eu/fileadmin/PDF_s/reports_statements/Negative_Carbon/EASAC_Report_on_Negative_Emission_Technologies.pdf> Date of access 00 November 2021

European Implementation Network, "*Country Map*" <https://www.einnetwork.org/countries-overview> Date of access 28 October 2021

Germanwatch, "*Global Climate Risk Index 2021*" (25.01.2021 Reliefweb) <https://reliefweb.int/report/world/global-climate-risk-index-2021> Date of access 29 May 2021.

Global Carbon Atlas, "*Country Emissions*" <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions> Date of access 29 May 2021

Huber D and Gulledge J, "*Extreme Weather and Climate Change, Understanding the Link, Managing the Risk*" (2011) Center for Climate and Energy Solutions <https://www.c2es.org/wp-content/uploads/2011/12/white-paper-extreme-weather-climate-change-understanding-link-managing-risk.pdf> Date of access 08 November 2021

IOM, "*A Complex Nexus*" <https://www.iom.int/complex-nexus> Date of access 21 October 2021

IOM, "*Discussion Note: Migration and The Environment*" (2007) 1 <https://governingbodies.iom.int/system/files/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf> Date of access 22 October 2021

IOM, "*World Migration Report 2020"*, 21 <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf> Date of access 21 October 2021

Mandal R, "*Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention, Complementary Protection*" (2005) <https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/435df0aa2.pdf> Date of access 23 October 2021

NASA, "*Scientific Consensus: Earth's Climate Is Warming*" <https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/#footnote_1> Date of access 10 October 2021

Oxford English Dictionary, "*Definition of 'Anthropocene'*", <https://0-www-oed-com.libunix.ku.edu.tr/view/Entry/398463?redirectedFrom=anthropocene%27#eid> Date of access 03 October 2021

Oxford English Dictionary, "*Definition of 'Refugee'*", <https://0-www-oed-com.libunix.ku.edu.tr/view/Entry/161121?rskey=kQGZhg&result=1&isAdvanced=true#firstMatch> Date of access 15 September 2021.

Schmitz F, Kalaitzi A and Karakas B "*Migrants accuse Greece of forced deportations*" (Deutsche Welle 21 May 2020) <https://www.dw.com/en/migrants-accuse-greece-of-forced-deportations/a-53520642> Date of access 04 November 2021.

Schülke-Gill B and Bayer J, "*Greece: Refugees attacked and pushed back in the Aegean*" (Deutsche Welle 29 June 2020) <https://www.dw.com/en/greece-refugees-attacked-and-pushed-back-in-the-aegean/a-53977151> Date of access 04 November 2021

ScienceDaily, " *Xenophobia strongly linked to Brexit, regardless of voter age, gender or education*" (2017) <https://www.sciencedaily.com/releases/2017/11/171127090919.htm> Date of access 18 October 2021

The Economist, "*The world is losing the war against climate change*" (27.08.2018) <https://www.economist.com/leaders/2018/08/02/the-world-is-losing-the-war-against-climate-change> Date of access 11 October 2021

The Guardian, "*Conflicts Fuelled by Climate Change Causing New Refugee Crisis, Warns UN*" (17 January 2008) https://www.theguardian.com/environment/2008/jun/17/climatechange.food> Date of access 22 October 2021

UNCHR, "*Global Trends Forced Displacement in 2020*", 2 <https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020> Date of access 15 September 2021

UN Human Rights Committee, General Comment no .31 (80) <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> Date of access 25 October 2021

UN Secretary-General, World Commission on Environment and Development, "*Our Common Future*", <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> Date of access 07 November 2021

UNCHR, "*Climate Change and Disaster Displacement*" <https://www.unhcr.org/uk/climate-change-and-disasters.html> Date of access 18 October 2021

UNDP, "*Human Development Report 2020*", 61 <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020.pdf> Date of access 19 October 2021

UNHCR, "*Legal Considerations Regarding Claims for International Protection Made in Context of the Adverse Effects of Climate Change and Disasters*" <https://www.refworld.org/docid/5f75f2734.html> Date of access 14 October 2021

UNHCR, "*Refugee Data Finder*" <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> Date of access 20 October 2021

UNDP, "*World's Largest Survey of Public Opinion on Climate Change: A Majority of People Call for Wide-Ranging Action*" (2021) <https://www.undp.org/press-releases/worlds-largest-survey-public-opinion-climate-change-majority-people-call-wide> Date of access 11 October 2021

UNFCCC, "*Climate Commitments Not On Track to Meet Paris Agreement Goals" as NDC Synthesis Report is Published*", (26.02.2021) <https://unfccc.int/news/climate-commitments-not-on-track-to-meet-paris-agreement-goals-as-ndc-synthesis-report-is-published> Date of access 12 November 2021

UN, "*Climate Change 2021: The Physical Science Basis*" (2021), 5 <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/> Date of access 09 October 2021

UN, "*Only 11 Years Left to Prevent Irreversible Damage from Climate Change, Speakers Warn during General Assembly High-Level Meeting*" (2019) <https://www.un.org/press/en/2019/ga12131.doc.htm,> Date of access 11 October 2021

UN, "*The Climate Crisis – A Race We Can Win*" <https://www.un.org/en/un75/climate-crisis-race-we-can-win> Date of access 27 May 2021

WMO, "*WMO Atlas of Mortality and Economic Loses from Weather, Climate and Water Extremes (1970-2019)"*, 19 <https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=10769> Date of access 21 October 2021

***Books and Articles***

Anderson B, "*Hayali Cemaatler: Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması*", İskender Savaşır (trans.) (Metis Yayınları 2020)

Cooper JB, "*Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*." (1998) 6(2) New York University Environmental Law Journal 480-530

Manou D, Mihr A, "*Climate Change, Migration and Human Rights*" in Dimitri Manau, Andrew Baldwin, Dug Cubie, Anja Mihr, Teresa Thorp (eds) Climate Change Migration and Human Rights (Routledge 2017) 3-8

Duygun AM, "*Popülist Anayasacılığa Giriş (Introduction to Populist Constitutionalism)*" (2020) 9(18) Journal of Constitutional Law 397-464

Edwards A, "*Interational Refugee Law*" in Rosemary Rayfuse and Shirley v. Scott (eds.), International Law in the Era of Climate Change (Edward Elgar Publishing 2012) 58-83

Ekşi N, "*İklim Mülteciliği (Climate Refugees)"* (2016) 2(2) The Journal of Migration Studies 10-58

Elçin D, "*The principle of non-refoulement a comparative analysis between Turkish national law and international refugee law*" in İbrahim Sirkeci, Doğa Elçin, Güven Şeker (eds.) "*Politics and Law in Turkish Migration*" (Transnational Press London, 2015), 39-50

Ellis EC, "*Anthropocene: A Very Short Introduction*" (Oxford University Press 2018)

Gilens M and Page BI, "*Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*" (2014) 12(3) Perspectives on Politics, American Political Science Association, 564-581

Güneş B and Çelenk B, "*The Impasse of International Law on Climate-Induced Migration: Recent Developments and the United Nation's January 2020 Decision on Climate Refugees*" (2021) 23(3) Insight Turkey 209-231

Harari YN, "*Sapiens: A Brief History of Humankind*" (McClelland & Stewart 2014

Harris D, O'Boyle M and Warbrick C (eds), "*Law of the European Convention on Human Rights*" Mehveş Bingöllü Kıldı, Ulaş Karan (trans.) (First edition in Turkish, Council of Europe, 2013)

Hathaway J and Foster M, "*The Law of Refugee Status*" (Second Edition Cambridge University Press Second Edition 2014)

Hathaway OA, "*International Delegation and State Sovereignty*" (2008) 71 Law and Contemporary Problems 115-150

Hodgskiss M, Crockford P, Peng Y, Wing B and Horner T, "*A productivity collapse to end Earth's Great Oxidation*" (2019) 116(35) PNAS 17207-17212

Hughes D, "*An Environmental History of the World*" (Routledge 2009) 117-120

Jahn D, "*Quick and dirty: how populist parties in government affect greenhouse gas emissions in EU member states*" (2021) 28(7) Journal of European Public Policy 980-997

McAdam J, "*Climate Change, Forged Migration, and International Law*" (Oxford University Press 2012)

McNeill J and Engelke P, "*The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene since 1945*" (Harvard University Press 2016

Grubb M, "*The Economics of the Kyoto Protocol*" (2003) 4(3) World Economics 143-189

Munia H, Guillaume J, Wada Y, Veldkamp T, Virkki V and Kummu M "*Future Transboundary Water Stress and Its Drivers Under Climate Change: A Global Study*", (2020) 8 Earth's Future 1-21

Turgut NY, *"Çevresel Göç ve Çevre Göçmenleri Sorununun Çevre Hukukundaki Yeri (The Place of Enviromental Migration and Enviromental Migrants in Enviromental Law)"* (2018) 31(139) Union of the Turkish Bar Associations Review 287-346.

Renaud F, Dun O, Warner K and Bogardi J, "*A Decision Framework for Environmentally Induced Migration*" (2011) 49 International Migration 5-29.

Safi S, "*Ioane Teitiota Kiribati / Yeni Zelanda Davası ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin İklim Mültecileri İle İlgili Tarihi Kararı (Ioane Teıtıota Kırıbatı / New Zealand Case And Un Human Rıghts Commıttee's Hıstorıcal Decısıon On Clımate Refugees)*" (2020) 22(2) Dokuz Eylül University Law School Review 509-540

Schirrmeister B, Gugger M and Donoghue P, "*Cyanobacteria and the Great Oxidation Event: evidence from genes and fossils*" (2015) 58(5) Palaeontology 769-785

Sifat N and Haseli Y, "*A Critical Review of CO2 Capture Technologies and Prospects for Clean Power Generation*" (2019) 12(21) Energies 1-26 < https://www.mdpi.com/1996-1073/12/21/4143/htm> Date of access 12 November 2021

Steffen W, Crutzen PJ and McNeill JR, "*The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?*" (2007) 36(8) Ambio 614-621

Timmermann A and Friedrich T, (2016) "*Late Pleistocene climate drivers of early human migration*", 538 Nature 92-95

Topuzkanamış Ş, "*Popüler Olmayan Anayasacılık*" (2018) 20 Dokuz Eylül University Law School Review 125-197

UNHCR, "*Legal Considerations Regarding Claims for International Protection Made in context of the Adverse Effects of Climate Change and Disasters*" (2021) 33(1) International Journal of Refugee Law 151-165

Uyar B, "*İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği*" (Turhan Kitabevi 2021).

Versteeg M, "*Unpopular Constitutionalism*" (2014) 89 (3) Indiana Law Journal 1133-1190

Volk C, "*The Problem of Sovereignty in Globalized Times*" (2019) (Law, Culture and the Humanities) Sage Publication 1-23

Weiss E, "Intergenerational Equity in International Law" (1987) 81 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 126-133

## *Legal Documents*

African Union Convention For the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), (adopted on 23 October 2009, entered into force 06 December 2012)

Cartagena Declaration on Refugees (Cartagena Declaration), Adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama (adopted on 22 November 1984)

Convention relating to the Status of Refugees, (adopted on 28 July 1951, entered into force 22 April 1954)

"Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons" (third version) <ttps://cidce.org/wp-content/uploads/2016/08/Draft-Convention-on-the-International-Status-on-environmentally-displaced-persons-third-version.pdf <Date of access 27 September 2021>

European Convention on Human Rights, (adopted on 4 November 1950, entered into force 3 September 1953)

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (Adopted on 16 December 1966, entered into force 23 March 1976)

Organization of African Unity (OAU) Convention, Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted on 10 September 1969, entered into force 20 June 1974)

Protocol relating to the Status of Refugees (adopted in 31 January 1967, entered into force 4 October 1967)

UN General Assembly, New York Decleration for Refugees and Migrants, <"https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1> Date of access 22 October 2021

United Nation Charter (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)

Vienna Convention on the Law of Treaties, (signed on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980)

## *Jurisprudence*

*Airey v. Ireland*, App no 6289/73 (ECtHR 09 October 1979)

*I.L. v. Italian Ministry of the Interior and Attorney General,* (Corte Suprema di Cassazione 2021)

*Ilias and Ahmad v. Hungary*, App no 47287/15 (ECtHR (GC) 21 November 2019)

*Ioane Teitiota v. New Zealand"*, CCPR/C/127/D/2728/2016 (UN Human Rights Committee 24 October 2019)

*N.D. and N.T. v. Spain*, App no 8675/15 and 8697/15 (ECtHR (GC) 13 February 2020)

*Regina v. Special Adjudicator es parte Ullah*, (UKHL 26 2004)

*Soering v. United Kingdom*, App no 14038/88 (ECtHR 07 July 1989)

*State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, Case Number: 19/00135 ECLI:NL:HR:2019:2007 (The SupremeCourt of the Netherlands 2019

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1231-1269

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

**Başvuru:** 13.06.2024
**Revizyon Talebi:** 11.11.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 11.06.2024
**Kabul:** 24.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Tercümesi ve Bu Karar Üzerinden İnsan Hakları ve Terörizm İlişkisinin Analizi*

**Berk Cem Tatar****

**Öz**

10.000 insanın hayatı 150 insanın hayatından daha önemli midir? Eğer öyleyse, insan hayatı yalnızca nicel bir sayı olarak görülebilir mi? Söz konusu soruya cevap vermeden önce düşünülmelidir ki, insanların geçmişlerine bakmadan sadece rakamlara bakılabilir mi? Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu çalışmada incelenen kararında bu durum detaylı olarak tartışılmıştır. Bu nedenle, bu çalışmada bu konuda çok büyük önem taşıyan bir karar Türkçeye çevrilmiş, akabinde de kararda ulaşılan sonuçla birlikte ulaşılma yöntemi bakımından da bir analiz yazılmıştır. Söz konusu analiz sırasında yaşam hakkının nesneleştirilemeyeceği ve insanın bir hakkın sadece öznesi olabileceği hususunda felsefi yaklaşımlarda bulunulmuştur. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu davayı incelemesi sırasında başvurduğu yöntemler tartışılmıştır. Bir kanun kaynaklı vuku bulan bu davada Mahkeme incelerken sadece hukuki arka plandan faydalanmamıştır. Meclisteki farklı görüşteki milletvekillerine davada görüş sunma fırsatı tanınmıştır. Ek olarak sadece milletvekilleri görüş sunmamış, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü de yazılı görüşler sunmuşlardır. Söz konusu yaklaşım ile Türk Anayasa Mahkemesi önünde bir davanın incelenmesi sırasındaki farklılıklara da değinilmiştir.

**Anahtar Kelimeler**

İnsan Hakları, Yaşam Hakkı, İnsan Onuru, Anayasa, Terörizm

## Translation of the German Federal Constitutional Court's Plane Hijack Verdict and Analysis of the Relationship Between Human Rights and Terrorism Based on This Verdict

**Abstract**

When compared, is the life of 10,000 people more important than the lives of 150? If so, can human life be viewed only as a quantitative number? Before answering the question, it should be considered that is it possible to look only at numbers without looking at people's backgrounds? The German Federal Constitutional Court discussed this situation in detail in its verdict examined in this study. For this reason, in this study, a critical verdict in this regard was translated into Turkish, and then an analysis was written in terms of the method of reaching the result in the decision. During the analysis in question, philosophical approaches were made that the right to life cannot be objectified and that human beings can only be the subject of a right. In addition, the methods used by the German Constitutional Court during the examination of the case in question were discussed. In this case, which arose out of an enacted law, the Court did not use only the legal background while examining it. Members of Parliament with different opinions were given the opportunity to present their views on the case. In addition, not only the deputies submitted their opinions, but also the German Armed Forces Association, the Pilots' Association, and the Independent Flight Attendant Organisation submitted written opinions. With this approach, the differences in the examination of a case before the Turkish Constitutional Court are also mentioned.

**Keywords**

Human Rights, Right to Life, Human Dignity, Constitution, Terrorism

* Eserdeki görüşler, yazarın şahsi görüşlerini yansıtmakta ve çalıştığı kurumu bağlamamaktadır.

** **Sorumlu Yazar:** Berk Cem Tatar (Yüksek Lisans Mezunu), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye. E-mail: berk.cm.tatar@gmail.com ORCID: 0000-0001-9606-5762

**Atıf:** Tatar BC, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Tercümesi Ve Bu Karar Üzerinden İnsan Hakları Ve Terörizm İlişkisinin Analizi" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1231. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

## ***Extended Summary***

As is known, the securitisation of the law came to the fore after 9/11. In this article, the balance and the subsequent dilemma of security and freedom were examined on the basis of a verdict of the German Federal Constitutional Court, which was dated in 2006. In the decision of the Court, from time to time, the possibilities of the weighing lives one another were dwelled on by examining "Aerial Security Law" which at one point permitted a hijacked plane to be shot down, in order to save more lives. The court, however, did not open the door of weighing life by invoking the core element of the *Bundesgesetz*, the German Constitution, namely the human dignity. The verdict, which was translated into Turkish from German, did not solely touch upon the substantive part of the law. In other words, the German Federal Constitution Court has also delved into the procedural part of the law. As is known, in Germany, *landers*, the States, have a lot saying during the procedure of enacting a law. Therefore, the States have also argued against the Law before the Court not only on the grounds of the substantive part but also on the grounds of the procedural part. It was contested that the Federal government did have the consent of the other part of the legislature.

Regarding the substantial part, the issue that the German Federal Constitutional Court focuses on in its decision is the incomparability of human lives. If there is even a 1% chance, human life cannot be put at risk and cannot be compared quantitatively. Similar discussions have arisen in the railway switchman dilemma for years. Accordingly, when a waggon with no brakes is coming quickly and five railway workers are working on the road where the waggon in question travels, they do not have time to escape. However, if the railway switchman notices the situation and turns the switch, he turns it to the side where only one worker is working. With very simple mathematics, the railway switchman would prefer that one person die rather than five. When the criminal liability of the railway switchman is left aside, the issue to be discussed is "ethics". Because are the lives of five people greater than the life of one? The answer to this question is generally "yes". The question then asked will be; What if that person is a Nobel Prise-winning doctor who will find the cancer vaccine? Then the answer changes and the scientist's life becomes more important than the other five people and the railway switchman does not turn the switch. The dilemma begins exactly here. When answering the first question, the background, education, and role of these people on the world stage were not taken into consideration. Directly, these people were reduced to the status of objects, they were forgotten that they were humans, and they turned into "numbers". An attempt has been made to explain this situation around the concepts of human rights and the fight against terrorism. It was emphasised that the concepts in question are not alternatives to each other and that the fight against terrorism will be carried out more accurately by respecting human rights. This is the issue emphasised in the Court decision in this study. The issues that

states should take into consideration when legitimately fighting terrorism within the boundaries of law were also evaluated within the framework of "ethical" principles, both in the decision of the German Federal Court and in the subsequent analysis.

Furthermore, while the Court examined the case, many aspects were considered and many actors were given the right to defend their arguments before the Court. In the process, professionals in the topic such as the Association of German Federal Defence, the Association of Pilots and the Independent Flight Attendant Organisation had right to put forward their ideas and arguments. Not only were the non-governmental bodies able to present their arguments, but also the groups at the parliaments could argue the case. In this process, one of the interesting things to observe was the delving into the arguments of the parliament groups/alliances who backed the law during the voting procedure of the law, but argued against it before the Court. Also, the possibilities of these "amicus curiae", the friends of the court, term in Turkish aspect was dwelled on. In this regard, as it is seen that the working rules of the Turkish Constitutional Court and the German Constitutional Court are different from one another, many aspects of them were discussed. Most importantly, the term "amicus curiae" was used when the first of its kind was made possible by the Turkish Constitutional Court, as the Court accepted the amicus curiae report, which was prepared by the Constitutional Law Research Association (Anayasa-Der) and the Turkish Criminal Law Association (TCHD) and submitted together to the Court.

## Giriş

Bilindiği üzere 11 Eylül 2001 tarihi insanlık için unutulamayacak trajik olayların yaşandığı bir gün. O tarihten sonra insan hakları ve terörizm ilişkisi daha önce akademisyenlerin dahi tahmin edemeyecekleri düzeyde değişmiştir. Birey-devlet ilişkisindeki sarkaç otoriteyi temsil eden Devlet tarafına ağır basmış, en önemlisi ise akademi ve yasama bunu kanıksamıştır. Benzer yaklaşımlar Avrupa Birliği (AB) tarafından da benimsenmiştir. Bilindiği üzere 11 Eylül sonrası güvenlik algılamaları değişmiş, bu doğrultuda AB de güvenlik stratejisini ve dış ilişkilerini yeniden uyarlamıştır[1]. Söz konusu değişim Aralık 2003'te yayımlanan Avrupa Güvenlik Stratejisi Belgesi'nde (European Security Strategy Paper) kendine yer bulmuştur. Buna göre terörizm, sınır kontrolü ve donmuş çatışmalara ayrıca önem atfedilmiştir[2]. Bu konuda yargı kararları, 11 Eylül sonrası olaylar kaynaklı çıkan kanunlar veya regülasyonlar nezdinde daha da önemli olmuştur. Çoğu zaman çıkan kararlar iki tarafı da memnun etmemişse de – bu çalışmada da inceleneceği üzere – frenleyici bir mekanizma olarak çalışmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu çalışmada incelenecek kararı teröristlerce kaçırılmış ve kalabalık bir yere düşüp daha fazla insanın öldürülmesine yol açacak bir uçağın henüz yere düşmeden havada savaş uçaklarıyla vurulmasına izin verilmesiyle ilgilidir. Bir uçağın, içinde kaçırılma olayına hiç karışmayan yolcularla birlikte vurulması konusunda Mahkeme'nin üzerinde durduğu hususlar dikkate değerdir. Bu çalışmanın büyük bir kısmı Mahkeme'nin kararının Türkçeye çevrilmesi olduğu için kanun veya metin isimlerinin Almancalarına da ihtiyaten atıflarda yer verilirken, kararda birçok kez atıf yapılan Alman Anayasası maddelerinin de Türkçe çevirilerine atıfta yer verilmiştir.

Böyle bir kararın çıkmasına yol açan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının Alman Yasama organınca geçirilmesine sebebiyet veren hadise kararda açıklanmıştır. 11 Eylül olayları sonrası Avrupa'da terörizm ve insan hakları konusunda büyük bir tartışma yaşanmıştır. Zaman zaman devletlerin aldıkları kararlar ile insan hakları, "Mehteran Takımı" gibi "iki ileri-bir geri" hareket etmiştir[3]. Türkçeye çevrilen bu kararda ise teröristlerce kaçırılan bir uçağın yere düşmeden vurulması halinde o uçakta bulunan ve bu terör saldırısına katılmayan yolcuların ve mürettebatın yaşam hakları uzunca tartışılmıştır. Ancak asıl üzerinde durulan husus hiçbir zaman bir teröristin motivasyonundan tam olarak emin olunamayacağıdır. Zira terörist her ne kadar uçağı kaçırsa ve uçağı daha fazla insanı öldürmek motivasyonuyla

---

1 Sibel Turan ve Nergiz Özkural Köroğlu, *Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar*, (1. Bası, Dora 2015) 87 vd.

2 EU Council, European Security Strategy Paper (2003),
< https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf > Date of Access 9 June 2023.

3 Can Öztaş 'The March of the Mehteran Rethinking the Human Rights Critiques of Counter-Terrorism' (2011) 7(2) Utrecht Law Review 180, 184.

silah olarak kullanacaksa da dikkat edilmesi gereken nokta teröristin de o uçakta olduğudur. Günün sonunda dışarıdan bakan biri, kalabalık bir yerde bulunan binlerce kişinin hayatının uçakta bulunan birkaç yüz kişinin hayatından nicelik olarak tercih edilebilir olduğunu düşünebilir; ancak bir teröristin son dakikaya kadar vazgeçme ihtimalinin bulunduğu akıldan çıkmamalıdır. Böyle bir durumda o insanlar erken veya yanlış temellendirilmiş bir karar verildiği için öldürülmüş olacaklardır. Ancak ne var ki, yapılan hukuki yorumlara rağmen 11 Eylül saldırılarının insanlığın tarihine bir kara leke olarak kalacak olması bir yana, saldılar insan hakları hukukunun gerilemesi ve kötüleşmesi bakımından da bir dönüm noktası olmuştur. Eskiden olmuş olsa toplumlarda infial yaratacak yürütme organı direktifleri, 11 Eylül sonrasında bazı çevrelerce yeterli derecede sert olmaması sebebiyle dahi eleştirilebilmiştir. Nitekim 11 Eylül saldırılardan hemen sonra ve United Airlines uçağı Pennsylvania'da düşmeden önce, ABD Başkanı George Bush orduya gerekirse yolcu uçaklarının vurulması emrini vermiştir. Bu emiri ise "Ülkenin başkentini ve Amerikalıları korumak için" verdiğini açıklamıştır[4].

Aşağıda büyük oranda Almanca asıl dilinden yer yer de anlam bütünlüğünün teyit edilmesi amacıyla resmi İngilizce çevirisinden çevrilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına yer verilmiş, daha sonra da bu kararın analizi yapılmıştır. Söz konusu kararda irdelenen husus ise insan hayatının niceliksel olarak karşılaştırılamazlığı ve iptali istenen kanunun insan hayatını hakkın öznesi değil bir nesnesi haline getirmesi üzerinedir. Zira Anayasa Mahkemesi, Alman filozof Immanuel Kant'a dayanan oldukça geniş bir tanım olarak "nesne formülü"nü geliştirmiştir. Bu formül uyarınca, insan onurunun, kamu makamlarının "insanları yalnızca eylemlerinin nesnesi olarak kullanmasını" yasakladığı ileri sürülmüştür. Bir diğer deyişle, Kant'ın yaklaşımının da esas aldığı görüşe göre insanlar herhangi bir hakkın nesnesi değil, hakkın kullanıcısı pozisyonundaki öznesi olabileceklerdir. Dolayısıyla insan onuru ve yaşam hakkı asla keyfi bir idari karara konu olamazlar[5]. Bu sebeple Federal Anayasa Mahkemesi kararının büyük bir bölümü çevrilmiştir. Çevrilen kısımlar Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları bakış açısı hakkında fikirlerin ve argümanların tartışıldığı kısımlar, çevrilmemiş kısımlar ise genel anlamda Alman sistemi içerisinde eyaletlerin veya yasamanın kanatlarının arasındaki yetki tartışmaları üzerine olan kısımlardır. Ayrıca çeviride görüleceği üzere yer yer 2.1. gibi çift numaralandırmaya gidildiği görülmüştür. Karışıklığa sebebiyet vermemek için bu durumun açıklanmasında fayda vardır. Karar çevirisi sırasında asıl dilindeki orijinal metinde her paragrafın bir numarası vardır. Söz konusu bu

[4] Miguel Beltrán De Felipe and José María Rodríguez De Santiago, 'Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)' (2007) Bepress Legal Series <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=9355&context=expresso> Date of Access 25 September 2023.

[5] Lukas Frederik Müller, 'Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Plane' (2019) 19(1) German Law Journal 114, 119.

numaralar da bu çalışmadaki çeviride en soldaki baş kısımda yer almaktadır. Kararın içeriğindeki numaralandırmalara da bu baş kısımdaki paragraf numaralarından sonra yer verilmiştir.

## I. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Çevirisi

### A. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin İlk Dairesi'nin 15 Şubat 2006 Tarihli Kararı

1 BvR 357/05

1. Federal Anayasa'nın[6] 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi[7] ve 35. maddenin 3. fıkrasının birinci cümlesi[8], Federal Hükümet'e doğrudan silahlı kuvvetlerin, doğal afetlerin kontrolü için konuşlandırılmasına ilişkin detaylar ve bunlara uygun olarak özellikle ağır kazalar halinde, bu durumlardan zarar gören eyaletler ile işbirliği konusunda düzenlemeler yapma hakkını vermektedir. 35. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesi dahilinde "Özellikle ağır kaza" kavramı, bir felaketin neredeyse kesin olarak beklenebileceği olayları da kapsamaktadır.

2. Federal Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi, Federal Hükümet'e, doğal afetlerin ve özellikle ağır kazaların olması durumunda silahlı kuvvetlere, özellikle askeri silahlarla müdahale etme yetkisi vermez.

3. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun[9] 14. maddesinin 3. fıkrası[10] uyarınca, silahlı kuvvetlere, insan hayatına karşı kullanılması amaçlanan bir uçağı doğrudan silahlı kuvvet kullanarak düşürme yetkisinin verilmesi, uçakta o sırada saldırıya iştirak etmemiş kişilere de zarar vereceğinden Federal Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "İnsan Onuru"nun garanti altına alınmasıyla[11] bağlantılı olarak Federal Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesindeki[12] yaşam hakkı ile bağdaşmaz.

---

6 *Grundsgesetz*.

7 Doğal bir afette veya çok ağır bir kazada, bir eyalet diğer eyaletlerin polis kuvvetlerini, diğer idarelerin, federal sınır muhafızlığının ve silahlı kuvvetlerin birliklerini ve araçlarını yardıma çağırabilir.

8 Doğal afet veya kazanın birden fazla eyaletin topraklarını tehdit etmesi halinde, etkili bir mücadele için gerekli oldukça, Federal Hükümet eyalet hükümetlerine talimatta bulunarak polis kuvvetlerini diğer eyaletlerin hizmetine vermelerini emredebilir ve federal sınır muhafızlığı ve silahlı kuvvetlerin birliklerini polis güçlerini desteklemeye gönderebilir.

9 *Luftsicherheitsgesetz – LuftSiG*.

10 Doğrudan doğruya silah gücünün kullanılmasına, ancak mevcut koşullara göre uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağının anlaşılması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde izin verilebilir.

11 İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

12 Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunması hakkına sahiptir.

## Karar

**1.** 11 Ocak 2005 tarihli Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası (Federal Resmi Gazete I sayfa 78), Anayasa'nın 87/a maddesinin 2. fıkrası[13] ve 35. maddenin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesiyle ve Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla bağdaşmaz ve bu nedenle geçersizdir.

**2.** Federal Almanya Cumhuriyeti'ne başvuruculara gerekli masrafları geri ödenmesi emri verilmiştir.

## Sebepler

### A.

1.Bireysel başvuru ile Havacılık Güvenlik Kanunu tarafından silahlı kuvvetlerin insan hayatına karşı suçlarda silah olarak kullanılması amaçlanan uçakları doğrudan silahlı kuvvet kullanarak düşürme yetkisine itiraz edilmektedir.

### I.

2. 11 Eylül 2001'de, Amerikan havayollarının dört yolcu uçağı Amerika Birleşik Devletleri'nde uluslararası bir terör örgütü tarafından kaçırılmış ve düşürülmüştür. Uçaklardan ikisi New York'taki Dünya Ticaret Merkezi'ne, biri Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı Pentagon'a düşmüştür. Dördüncü uçağın düşüşü Pennsylvania eyaletinde Pittsburgh'un güneydoğusunda meydana gelmiş, muhtemelen uçaktaki yolcuların müdahalesi uçağın rotasında bir değişikliğe neden olmuştur. Uçaklardaki, Dünya Ticaret Merkezi bölgesindeki ve Pentagon'daki 3.000'den fazla kişi bu saldırılarda ölmüştür.

3. 5 Ocak 2003 tarihinde, silahlı bir adam bir uçağı kaçırmış ve uçağa Frankfurt / Main bankalar bölgesinin üzerinde daire çizdirmiş ve kendisine Amerika Birleşik Devletleri'ne telefon etme imkânı tanınmazsa uçağı Avrupa Merkez Bankası'na düşürmekle tehdit etmiştir. Bunun üzerine bir polis helikopteri ve Alman Hava Kuvvetlerine ait iki jet avcı uçağı havalanmış ve kaçırılan uçağın etrafında uçmuştur. Polis kuvvetleri teyakkuza geçmiş, Frankfurt şehir merkezi boşaltılmış, yüksek binalar tahliye edilmiştir. Yakalandıktan yarım saatten az bir süre sonra ise uçağı kaçıranın kendi başına hareket eden mental bozukluk yaşayan bir kişi olduğu ortaya çıkmıştır. Hava korsanının talebine uyulduktan sonra uçak, Rhein-Main Havaalanına inmiş ve korsan, tutuklanması sırasında görevlilere direnmemiştir.

[13] Silahlı güçler ulusal savunma görevi dışında ancak Anayasanın açıkça öngörmesi halinde kullanılabilir.

4. Her iki olay da sivil havacılığa hukuka aykırı müdahaleyi önlemeyi, sivil havacılığın güvenliğini bir bütün olarak iyileştirmeyi ve bunu yaparken de uçağın bulunduğu yerlerde hava trafiğiyle ilgisi olmayan amaçlar için onları kötüye kullanmak isteyen kişiler tarafından gelebilecek tehlikelerden korumayı amaçlayan çok sayıda önlemin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir (Uçak tanımı için 27 Mart 1999 tarihinde değiştirilen Sivil Havacılık Kanunu'nun[14] 1.2. maddesine bkz. Federal Resmi Gazete I s. 550.).

5.a) 16 Aralık 2002 tarihinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, Sivil havacılık güvenliği alanında ortak kurallar oluşturan 2320/2002 sayılı Tüzüğü (EC) kabul etmiş, bu tüzük, 29 Nisan 2004 tarihli 849/2004 sayılı Tüzük (EC) ile değiştirilmiştir (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (OJ) 30 Nisan 2004 tarihli L 158, s. 1). Bu tüzük, Avrupa Topluluğu üye devletlerinin topraklarındaki havalimanları için kapsamlı hava trafik güvenlik önlemlerinin alınmasını sağlamıştır. Bu önlemler, ulusal havalimanları için planlama gereksinimlerinin belirlenmesini, halkın erişebileceği tüm havalimanı alanlarının gözetimine ilişkin düzenlemeleri, uçakların aranmasına ve personelin ve taşınan eşyaların taranmasına ilişkin hükümleri, yolcuların ve bagajlarının taranmasına ilişkin hükümleri ve hava mürettebatı ve yer personelinin işe alınması ve eğitilmesine ilişkin ulusal bir program için kılavuz hükümleri ihtiva etmektedir.

6.b) Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, amacı hava trafiğinin güvenliğini artırmak ve hava trafiğini saldırılardan korumak olan olgusal ve yasal önlemler alınmıştır.

7.aa) 1 Ekim 2003 tarihinden itibaren Aşağı Ren, Kalkar'da kurulan "Ulusal Hava Güvenlik Merkezi"[15] faaliyete geçmiştir. Bu merkez, Alman hava sahasında güvenliği garanti altına almak için merkezi bir bilgi merkezi olarak, Federasyon ve eyaletlerin havacılık güvenliği sorunlarından sorumlu tüm yetkililer arasında koordineli ve hızlı bir işbirliği sağlamayı amaçlamaktadır. Ulusal Hava Güvenlik Merkezinde, Federal Silahlı Kuvvetler, Federal Polis ve Alman Hava Seyrüsefer Hizmetleri[16] üyeleri hava sahasını taramaktadır. Merkezin temel işlevi, onları hedefli bir kaza için silah olarak kullanmak isteyenler tarafından komuta edilen sivil uçaklar olan kaçırılmış uçaklardan kaynaklanan tehlikeleri önlemektir. Bir uçak ister NATO ister Ulusal Hava Güvenlik Merkezi'nce "kaçırılmış" olarak sınıflandırıldığında, Alman hava sahasında bu tür bir tehlikenin önlenmesi için gerekli tedbirlerin sorumluluğu, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yetkili makamlarındadır.

14 *Luftverkehrsgesetz*

15 *Nationales Lage- und Führungszentrum Sicherheit im Luftraum.*

16 *Deutsche Flugsicherung.*

8.bb) Bu önlemlerin yasal dayanağı, 11 Ocak 2005 tarihli Havacılık Güvenlik Fonksiyonlarının Yeni Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da[17] belirtilmiştir (Federal Hukuk Gazetesi I s. 78).

9.aaa) Federal Konsey'e göre[18], Federal Konsey'in onayını gerektiren ancak bu tür bir rızayı almayan (Bundesrat Belgeleri 716/04) bu Kanun, o zamana kadar Sivil Havacılık Kanunu'nda belirtilen ve havacılık güvenliğine yönelik dış tehlikelerin önlenmesine ilişkin hükümleri pekiştirmektedir ve düzenlenecek diğer konularla birleştirilmiştir. 16 Aralık 2002 tarihli ve 2320/2002 numaralı Avrupa Parlamentosu ve 16 Aralık 2002 tarihli Konsey Tüzüğüne uyarlamalar yapmaktadır (Bundesrat Belgeleri 15/2361, s.14). Kanunun 1. maddesi, yeni tüzüğün özü olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nu içermektedir.

10. (1) Havacılık Güvenliği Kanunu, 1. maddesi uyarınca, uçak kaçırma, sabotaj eylemleri ve terörist saldırıları olmak üzere hava güvenliğine koruma sağlamaya hizmet etmektedir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, havacılık güvenliği otoritesi, hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırıları önleme işlevine sahiptir. 3. madde uyarınca, yetkisi özel olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesinde spesifik olarak düzenlenmediği ölçüye kadar, münferit bir olayda hava trafiğinin güvenliğine yönelik bir tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri alır.

11. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesi, havacılık güvenliği otoritelerine, kamunun erişemeyeceği havalimanı alanlarını güvence altına almak için kişi ve nesnelerin taranması ve aranması konusunda kapsamlı yetki verir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 7. maddesi, havacılık güvenliği yetkililerine, profesyonel sıfatla uçuş veya havaalanı operasyonlarına dahil olan kişilerin geçmiş kontrollerini gerçekleştirme yetkisi verir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 8. ve 9. maddeleri, hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırılardan korunma ile ilgili olarak havalimanı operatörlerinin ve havayollarının birtakım görevlerini belirler. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 11. maddesi, uçakta belirli nesneleri taşımayı yasaklar. Son olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 12. maddesi, uçağın komuta pilotlarına, seyrettikleri uçağın emniyet ve düzeninin korunması için işlev ve yeterliliklerin verilmesini düzenler.

12. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 16. maddesi 2. fıkrası uyarınca, havacılık güvenliği otoritelerinin görevleri prensip olarak Federal Hükümet adına Eyaletler tarafından yerine getirilir. Ancak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca hava trafiğinin güvenliğine yönelik saldırılardan korunma, Federal Polis

---

17 *Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben*.

18 Federal Konsey (*Bundesrat*), Federal Almanya Cumhuriyeti'nin yasama kolunun bir kanadıdır. Alman Anayasası'nın 50.maddesi uyarınca Eyaletler, Federal Konsey aracılığıyla, Federasyonun yasama ve idaresine ve Avrupa Birliğinin işlerine katılırlar (*Yazar Notu*).

Kanunu'nun[19] 4. maddesi uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrasının 2. ve 3. cümlelerindeki gerekliliklerin karşılanması durumunda Federal Polisin görevidir. En son bahsedilen hükümler uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 9. maddesinin ilk fıkrasında belirtilenler dışında, havacılık güvenliği otoritelerinin görevleri, güvenlik önlemlerinin ülke çapında tek tip olarak uygulanmasını garanti etmek için gerekliyse Federal İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen federal otorite tarafından doğrudan yerine getirilebilir.

13. (2) "Silahlı Kuvvetler Aracılığıyla Destek ve İdari Yardım"[20] başlığı altında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. ve 15. maddeleri arası, Kanun'un ayrı bir 3. bölümünü oluşturmaktadır. Büyük bir hava olayında, polis gücünün kullanılması bağlamında, Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi veya 35. maddesinin 3. fıkrasındaki anlamı dahilinde "özellikle ağır bir kaza" olduğu varsayımına yol açan önemli bir hava olayı olgusu mevcutsa, silahlı kuvvetler, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bu tür bir kazayı etkili bir şekilde önlemek için gerekli olduğu ölçüde hava sahasında eyalet polis kuvvetlerini desteklemek için konuşlandırılabilir. Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bölgesel olağanüstü hal durumunda, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu tür bir konuşlandırma kararı, etkilenen eyaletin talebi üzerine Federal Savunma Bakanı tarafından veya Bakanı temsil eden başka bir Federal Hükümet bakanı tarafından alınır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddenin 3. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bölgelerarası bir olağanüstü hal durumu olduğunda ise bu karar, etkilenen eyaletlere danışılarak Federal Hükümet tarafından alınacaktır. Aynı hükmün ikinci cümlesi uyarınca, Federal Hükümetin kararı bu sürede alması imkansızsa, Savunma Bakanı veya Savunma Bakanına vekalet eden Federal Hükümetin bakanı, bu kararı Federal İçişleri Bakanına danışarak alacaktır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, görev bağlamında silahlı kuvvetlerin desteği, Havacılık Güvenliği Kanunu hükümlerine uygun olarak sağlanacaktır.

14. Havacılık Güvenliği Kanunu uyarınca geçerli operasyonel önlemler ve seçimlerine ilişkin geçerli ilkeler, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerinde belirtilmiştir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesi 1. fıkrası uyarınca, Havacılık Güvenlik Kanunu madde 14/1 ve 14/3 anlamında özellikle ağır bir kazanın meydana gelmesini önlemeyi amaçlayan operasyonlar, yalnızca bu tür bir kazanın meydana geleceği uçağın daha önce hava sahasında silahlı kuvvetler tarafından kontrol edilmiş ve daha sonra uyarılmaya ve yönlendirmeye çalışılması başarısız olmuşsa hayata geçirilebilir. Bu ön koşul yerine getirilmişse, Silahlı

[19] *Bundespolizeigesetz.*

[20] "*Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte"*

Kuvvetler, Havacılık Güvenliği Kanunu 14. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, uçağı hava sahasındaki rotasından çıkarabilir, inmeye zorlayabilir, silahlı kuvvet kullanmakla tehdit edebilir veya uyarı atışları yapabilir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca orantılılık ilkesi, bu önlemler arasındaki seçim için geçerlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, uçağa karşı silahlı kuvvetin doğrudan kullanımına, ancak ağır bir kazanın meydana gelmesi bu tür önlemlerle dahi engellenemiyorsa izin verilebilir. Ancak bu, yalnızca, uçağın insan hayatına karşı bir silah olarak kullanılması amaçlandığı ve bu yakın tehlikeyi önlemek için doğrudan silahlı kuvvet kullanımının yegane yol olduğu durumlarda geçerlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, bu tedbiri emretmek için münhasır yetki Federal Savunma Bakanına veya Savunma Bakanının temsil edilmek zorunda olması durumunda, onu temsile yetkili olan Federal Hükümet üyesine aittir.

15. bbb) Kanunun yasama sürecinde - Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının esas olarak anayasaya uygunluğuna ilişkin ifade edilen çekinceler dışında - her şeyden önce tartışmalı olan soru, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. 14. ve 15. maddelerinin Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci ve üçüncü fıkrası[21] ile belirlenen anayasal sınırlar içinde kalıp kalmadığıydı. Bu soruya Federal Meclis'te Federal Hükümet ve iktidar partilerinin milletvekilleri tarafından olumlu yanıt verilirken (Federal Meclis Genel Kurul Tutanakları 15/89, ss 7882-7883, 7886 (A), 7900 (C)); muhalefet partilerinin temsilcileri tarafından olumsuz yanıt verilmiştir (Federal Meclis Genel Kurul tutanakları 15/89, ss 7884, 7890-7891). Ayrıca, Federal Meclis İçişleri Komisyonu'nun yürüttüğü bilirkişi duruşmasında bu soruya ilişkin ifade edilen görüşler çelişkiliydi (26 Nisan 2004 tarihli komite toplantısı ile ilgili 15/35 sayılı tutanak). Aynı durum, Federal Konsey'deki tartışmaları için de geçerlidir. (Komite çoğunluklarının görüşleri için, Federal Konsey belgesi 827/1/03, s 1 vd ve Federal Konsey belgesi 509/1/04, ss 13-14.).

17. ccc) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinde silahlı kuvvetler tarafından destek ve idari yardıma ilişkin hükümlerin ifadesi aşağıdaki gibidir:

*18. § 13*

*19. Federal Hükümetin Kararı*

20. (1) Büyük bir hava olayında, polis gücünün kullanılması bağlamında, Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi veya 35. maddesinin 3.

[21] Doğal afet veya kazanın birden fazla eyaletin topraklarını tehdit etmesi halinde, etkili bir mücadele için gerekli oldukça, Federal Hükümet eyalet hükümetlerine talimatta bulunarak polis kuvvetlerini diğer eyaletlerin hizmetine vermelerini emredebilir ve federal sınır muhafızlığı ve silahlı kuvvetlerin birliklerini polis güçlerini desteklemeye gönderebilir. Birinci cümleye göre Federal Hükümetin aldığı önlemler, Federal Konseyin isteğiyle her zaman, diğer hallerde tehlikenin giderilmesinden sonra gecikmeden kaldırılır.

fıkrasındaki anlamı dahilinde "özellikle ağır bir kaza" olduğu varsayımına yol açan önemli bir hava olayı olgusu mevcutsa, silahlı kuvvetler, bu tür bir kazayı etkili bir şekilde önlemek için gerekli olduğu ölçüde hava sahasında eyalet polis kuvvetlerini desteklemek için konuşlandırılabilir.

21. (2) Anayasanın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca bir görevle ilgili karar, etkilenen eyaletin talebi üzerine Federal İçişleri Bakanına danışılarak, Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir. Acil işlem yapılması gerektiğinde, Federal İçişleri Bakanlığı gecikmeden bilgilendirilecektir.

22. (3) Anayasa'nın 35. maddesinin 3.fıkrası uyarınca görevle ilgili karar, etkilenen Eyaletler ile istişare halinde Federal Hükümet tarafından alınacaktır. Federal Hükümetin kararını zamanında vermesi mümkün değilse, Federal İçişleri Bakanı'na danışılarak Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir. Federal Hükümetin kararı gecikmeden gerçekleştirilecektir. Derhal eyleme geçilmesi gerektiğinde, etkilenen Eyaletler ve Federal İçişleri Bakanlığı gecikmeden bilgilendirilecektir.

23. (4) Daha fazla ayrıntı, Federal Hükümet ve Eyaletler arasında düzenlenecektir. Silahlı kuvvetlerin desteği bu Kanun hükümlerine göre yapılır.

*24. § 14*

*25. Operasyonlar, talimat verme yetkisi.*

26. (1) Silahlı kuvvetler, ağır bir felaketin ortaya çıkmasını önlemek amacıyla hava sahasındaki uçuş araçlarını geri püskürtebilir, inişe zorlayabilir, silah gücü kullanma tehdidinde bulunabilir veya uyarı atışı yapabilir.

27. (2) Birden çok olası önlemler içinden tahminen bireylere ve kamuya en az zarar verecek olanın seçilmesi zorunludur. Alınan önlem, amacının gerektirdiği sürede ve genişlikte uygulanmalıdır. Önlemin yol açacağı zarar, hedeflenen başarıya göre göze çarpacak derecede bir ölçüsüzlük içinde olmamalıdır.

28. (3) Doğrudan doğruya silah gücünün kullanılmasına, ancak mevcut koşullara göre uçuş aracının insan yaşamına karşı kullanılacağının anlaşılması ve bunun o andaki tehlikenin önlenmesi için tek çare olarak kabul edilmesi halinde izin verilebilir.

29. (4) Üçüncü fıkradaki önlemin alınmasına yönelik emir, ancak Federal Savunma Bakanı tarafından, kendisine vekalet edilme durumu söz konusu olduğunda ise ancak Bakanlar Kurulu'nun onu temsile yetkili üyesi tarafından verilebilir.

*30. § 15*

*31. Diğer Önlemler*

32. (1) 14. maddenin 1. fıkrası ve 14. maddenin 3. fıkrası uyarınca önlemler ancak [uçağın] kontrolünden ve [uçağın] başarısız uyarı ve yön değiştirme girişimlerinden sonra alınabilir. Bu amaçla silahlı kuvvetler, hava trafik kontrolünden sorumlu makamın talebi üzerine hava sahasındaki uçakları kontrol edebilir, yönlendirebilir veya uyarabilir...

33. (2) (…) Federal Hava Kuvvetleri Başkanı, Federal Savunma Bakanını, 14. maddenin 1. fıkrası ve 14. maddenin 3. fıkrasındaki önlemlere yol açabilecek durumlar hakkında gecikmeden bilgilendirecektir.

34. (3) İdari yardımın diğer düzenlemeleri ve ilkeleri etkilenmeden kalır.

## II.

35.Davacılar, anayasal şikayetleri ile doğrudan Havacılık Güvenliği Kanunu'na itiraz etmektedirler, çünkü iddia ettikleri üzere, devlete o suçun faili olmayıp, mağduru olan kişileri kasıtlı olarak öldürme izni vermektedir. Davacılar, kanunda belirtilen koşullar altında uçakların düşürülmesine izin veren Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası[22] ile bağlantılı olarak 1. maddenin 1. fıkrası ile 2. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesi kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir[23].

36. 1. Anayasa şikâyeti kabul edilebilirdir. Şikayet sahiplerinin temel hakları, itiraz edilen düzenleme tarafından doğrudan ihlal edilmektedir. Uçakları sık sık özel ve profesyonel nedenlerle kullandıklarından, Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca alınan önlemden etkilenme olasılığı sadece teoride değildir.

37. 2. Anayasa şikâyeti ayrıca sağlam dayanaklara sahiptir. Havacılık Güvenliği Kanunu, Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası ve 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi uyarınca başvurucuların insan onuru ve yaşam hakkı gibi temel haklarını ihlal etmektedir. Yasa, onları yalnızca devlet eyleminin objeleri haline getirmektedir. Yaşamlarının değeri ve korunması nicel boyutlara ve muhtemelen "koşullar altında" kendilerine kalan ömür uyarınca Federal Savunma Bakanının takdirine bırakılmıştır. Acil bir durumda, eğer Bakan, elindeki bilgilere dayanarak onların (uçaktakilerin) yaşamlarının kısa süreceğini ve yaklaşmakta olan kayıplar karşılaştırıldığında artık

[22] Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz.

[23] Kararın 36-40. paragraflarında başvurucuların iddialarına ve bu iddialarına temel oluşturan argümanlara yer verilmişken Kararın Mahkemece "Kabul edilebilir" bulunduğu ileri sürülen argümanların tartışması için 72. paragraf ve devamına bakılmalıdır (*Yazar Notu*).

onların hiçbir şekilde değerli sayılmayacaklarını veya daha az değerli sayılacaklarını öngörürse, feda edilebilirler veya kasten öldürülebilirler.

38. Devlet, bir grup insanı- bu durumda, bir uçağın mürettebatını ve yolcularını- kasıtlı olarak öldürerek vatandaşlarının çoğunluğunu koruyamaz. Bir tarafta kaç kişinin etkileneceği ve diğer tarafta kaç kişinin etkilenmesine izin verilmez standartlarına göre hayatların hayatlarla karşılaştırılmasına müsaade edilemez. Devlet öldürerek kurtarmayı umduğundan daha az sayıda olduğu için insanları öldüremez.

39. Yolcuların yaşam hakkına ilişkin bir nitelik de, uçağın artık silaha dönüştüğü ve yolcuların da bunun bir parçası olarak görüldükleri iddia edilerek temellendirilemez. Bu şekilde argüman üreten her kimse, onları yalnızca devlet eyleminin nesnesi haline getirir ve onları insan niteliklerinden ve onurundan mahrum bırakır.

40. Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan özel hükmün[24] anayasal gerekliliği de farklı bir sonuca yol açmaz. Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan temel hakların özünün teminatı, kasıtlı fiziksel yıkım yoluyla yaşama hakkına tecavüzü ortadan kaldırmaktadır.

41. Başvurucular, temel yaşam haklarının ve insan onurunun da ihlal edildiğini iddia etmektedirler, zira Havacılık Güvenliği Kanunu ve bu Kanun'da öngörülen silahlı kuvvetlerin ülke içi topraklarda konuşlandırılması Anayasa'nın 87/a maddesini ihlal ettiği için Anayasaya aykırıdır. 87/a maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartların karşılanmadığını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinin, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ileri sürülerek hukuka uygun hale getirilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Bu hükümlerin, çaresiz bir sınır durumuyla başa çıkmak için sıkıyönetim yasasının kısmen uygulanmasını amaçladığı söylenmektedir. Bununla birlikte, Federal Silahlı Kuvvetlerinin ülke içi topraklarda askeri araçlarla savaş benzeri bir operasyonel misyonunun Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında olmadığı söylenmektedir.

43. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu, Federal Konsey'in onayı olmadan yürürlüğe girdiği için, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3.fıkrasının halihazırda Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmektedir. Mezkur kanunun, eyaletlere hava trafik idaresinin verilmesine ilişkin hükümleri değiştirdiği için Anayasa'nın 87d/2 maddesi[25] uyarınca Federal Konseyin onayını gerektirdiği söylenmiştir. Federal Konsey'in onayının gerekliliği durumunda, bir yasanın Federal Konsey'in onayını gerektiren kısımları içermesi halinde, sadece münferit hükümlerine değil, bir bütün olarak yasaya atıfta bulunulduğu söylenmektedir.

[24] ... Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.

[25] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

## III.

44. Alman Federal Meclisi, Federal Hükümet, Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti, Hessen Hükümeti, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği[26], Pilotlar Birliği[27] ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü[28] bireysel başvuruya ilişkin yazılı görüşler sunmuştur.

45. 1. Alman Federal Meclisi, itiraz edilen düzenlemeyi Anayasaya uygun olarak kabul etmektedir.

46. a) İtiraz edilen düzenlemenin anayasal dayanağı, Anayasanın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer almaktadır. Ayrıca insanlardan kaynaklanan olaylar, bu hüküm anlamında özellikle ağır kaza kavramına girmektedir. Bunun dışında kazanın daha önce gerçekleşmiş olması gerekmez. Doğrudan meydana gelmek üzere olması yeterlidir. Havacılık Güvenliği Kanunu kapsamındaki durumlarda, birden fazla Eyaletin toprağı tehlike altındadır. Federal bölge o kadar küçük birimlere bölünmüştür ki, seyir hızında uçan bir ticari uçak kaçınılmaz olarak birkaç federal eyaletin sınırlarını geçecektir.

47. Anayasanın 1. maddesine aykırılık yoktur. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerine uygun uygun olarak hareket ettiğinde, uçaktaki insanları onurlarından mahrum bırakan ve onları nesne haline getiren, Federal Hükümet – ki sadece tepki vermektedir – değil, sadece uçaktaki insanları öldürme niyetinde olmayan, ayrıca onlar ölürken onları daha fazla insanın yok olmasında araç olarak kullanma niyetiyle uçağın kontrolünü ele geçiren kişidir. Devlet, ancak ilgili kişilerin özne niteliğini geçersiz kılarsa ve böylece kişilerin kişi olmalarından dolayı sahip oldukları değeri küçümsediğini ifade ederse, Anayasa'nın 1. maddesinin ihlaline yaklaşır. Ancak bu, Hava Güvenlik Kanunu'nun amacı değildir. Hava Güvenliği Kanunu, yasama organının çaresiz durumlar için de yasal bir çerçeve sağlama çabasını oluşturur.

50. Yasama organı, yalnızca pasif kalma veya genel olarak düzenlenebilecek en uç noktaya ulaşması gereken bir düzenleme yapma seçeneğine sahipti. 11 Eylül 2001 modeline dayanan terörizme tepki, ceza hukuku anlamda meşru müdafaa ve acil durumlardan temelde farklıdır. Bu tür durumlarda, hukuk, yalnızca sorumlu kişilerin eylemlerini meşrulaştırabilir; bunun sonucunda, hukuka uygun eylemleriyle, daha da büyük bir yanlışı önlemek için yanlışa neden olur. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Federal Savunma Bakanı ve onun emriyle görevleri yerine getiren askerler için kişisel bir hukuka uygunluk gerekçesi[29] teşkil eder.

---

[26] *Deutscher BundeswehrVerband.*

[27] *Vereinigung Kokpit.*

[28] *Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO).*

[29] *Rechtfertigungsgrund*.

51. b) Yeşiller grubu ek bir açıklamada, bir yolcu uçağının vurulmasının suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği gerekçesiyle Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddenin 3. fıkrasını kabul ettiğini belirtti. Hükmün, böyle bir eylemi meşrulaştıracak yeni hukuka uygunluk gerekçeleri oluşturmadığı söylenmektedir. Aksi takdirde, temel yaşam hakkına ilişkin hukuki farkındalık tehlikeli bir şekilde zayıflayacaktır.

52. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, insan yaşamının insan yaşamına karşı niceliksel veya niteliksel bir tartımını sağlamaz. Bir uçağın düşürülmesine anayasal olarak, davranışıyla özellikle ağır bir kazaya neden olmak isteyen "Terörist[30]" varsa izin verilir. Aksine, suça iştirak etmeyen kişilerin hedef alınarak kasten öldürülmesi, Anayasa'nın 1. maddesinin 1.fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi ile yasaklanmıştır. Ayrıca, bireyin devletin varlığının ve kamu yararının tehlikeye atıldığı durumlarda, onları korumak için kendini feda etme yükümlülüğü de reddedilmelidir. Şayet bir yolcu uçağı, bir silah olarak kullanılıyorsa, yolcuların ve kabin ekibinin yaşam haklarına devlet tarafından yapılan bir saldırıdan kaçınma hakları, hedef alınarak uçağın vurulmasından dolayı tehlikeye giren yerde bulunan insanlar lehine bu haktan kaynaklanan koruma görevinden sonra gelmemektedir.

53. 2. Federal Hükümet de ayrıca bireysel başvuruya konu olan düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu görüşündedir.

54. Havacılık Güvenliği Kanunu ile devlet her insanın hayatını koruma görevini yerine getirmektedir. Burada olduğu gibi, bir kişinin yaşam hakkı ile başka bir kişinin yaşam hakkı çatışırsa, yaşamın korunmasının niteliğini ve kapsamını belirlemek yasama organının görevidir. Somut önlemlerle ilgili olarak, yetkili makamlar, bunlar hakkında görevleri doğrultusunda takdir yetkisi dahilinde karar verecektir. Bu bağlamda, uçaktaki insanların temel haklarına yönelik aktif müdahale olağanüstü önem arz etmektedir. Ancak bu, aynı hukuki menfaatin, yani yaşam hakkının, doğrudan tehlikede olduğu durumlarda, üçüncü şahıslara karşı koruma görevinin yerine getirilmemesini hukuken sağlayamaz. Bir tehlikeyi önleme görevi, koruma görevinden daha öncelikli değildir. Koruma görevini yerine getirmek için, yasama organı, insan hayatlarına karşı yaklaşmakta olan çok yakın bir tehlikenin, örneğin uçak enkazı sebebiyle başka insanların ölmesinin veya yaralanmasının önlenmesini sağlayabilir. Bu bağlamda, hayatların hayatlarla karşılaştırılması söz konusu değildir.

56. Bunun dışında, dikkate alınması gereken husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen durumda, uçaktaki kişilerin, tabiri caizse, silah olarak kullanılan uçağın bir parçası olmalarıdır. Hava trafiğine karşı güncel tehditler göz önüne alındığında, uçaktaki insanlar, hava trafiğini

[30] Kararın orijinalinde bu kelime "*Störer*" olarak sunulmaktadır (*Yazar Notu*).

kullandıklarında kendilerini maruz bırakacakları tehlikenin bilincinde olmalıdırlar. Eğer devlet, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına uygun hareket ederse, tehdit altındaki hayatların en azından bir kısmı kurtarılabilir. Böylesine olağanüstü bir durumda, silahın ayrılmaz bir parçası durumundaki bu kişiler, zaten kurtarılamayacakları için onlara karşı da bu yapılabilir.

57. Havacılık Güvenliği Kanunu aynı zamanda insan onuruna da saygı duymaktadır. Düşürülecek uçakta bulunan insanların onuruna da saygı duyulur. Onlar iradeleri dışında başka insanların hayatlarını tehdit eden bir silahın parçası durumundadırlar. Sadece bu nedenle ve saldırıyı önlemek için başka herhangi bir yol olmadığından, devlet önlemleri onlara karşı yöneltilmiştir. Muhtemelen zarar görecek üçüncü kişilerin de insan onuru ihlal edilmemiştir. Bu Kanun, aynı zamanda tüm hükümleriyle onların korumasına hizmet etmektedir.

58. Havacılık Güvenliği Kanunu, yetkilerin anayasal düzenini de gözetir. Silahlı kuvvetlerin konuşlandırılması söz konusu olduğunda, Federal hükümetin yasama yetkisi, Anayasa'nın 73. maddesinin 1. ve 6. fıkralarına[31] dayanmaktadır. Federal Hükümet, ayrıca havacılık güvenliği için idari yetkiye sahiptir. Federal Hükümet'in Anayasa'nın 87d. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi[32] ile kurulan hava trafiği idaresi, Federal Hükümet'in kendi organları aracılığıyla hava trafik güvenliğini sağlama yetkisini içerir. İdari yetki, Anayasa'nın 35. Maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile bağlantılı olarak Anayasa'nın Madde 87a. 1. ve 2. fıkralarından[33] kaynaklanmaktadır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nda öngörülen silahlı kuvvetlerin, afet acil durumunun önlenmesi için Anayasa'nın 35. maddesinin 2. ve 3. fıkraları çerçevesinde kullanılması gerçekleştirilmektedir.

59. Bu durumdan, eyaletlere destek olmak amacıyla böyle bir konuşlanmanın federal eyalet polisinin tehlikeye karşı mücadelesinde her zaman eyalet yasalarına uymak zorunda oldukları sonucuna varılmaz. Böyle bir destek için gerekli silahların kullanılması, Anayasanın 87a. maddesinin 1. fıkrası kapsamına girmemektedir.

60. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. 14. ve 15. maddeleri uyarınca silahlı kuvvetlerin konuşlandırılması, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası çerçevesinde özellikle ağır bir kazanın önlenmesine hizmet etmektedir. Uçağın insanların hayatına karşı kullanılması böyle bir kazaya neden olabilir. Böyle bir silahlı kuvvetlerin kullanımın kasıtlı olarak gerçekleşmesi, bununla çelişmemektedir. Kazanın da daha önce gerçekleşmiş olması gerekli değildir.

---

31 Madde 73 [İnhisari yasama konuları]
(1) Federasyonun, aşağıdaki konularda inhisari yasama yetkisine sahiptir: ...
(6) Hava ulaşımı,

32 Madde 87d [Hava trafiği idaresi]
(1) Hava trafiği idaresi, Federasyona ait idare birimleri tarafından işletilir.

33 Madde 87a [Silahlı Kuvvetler]
(1) Federasyon, ulusal savunma için silahlı kuvvetler kurar. Silahlı kuvvetlerin sayısı ve kuruluşunun ana çizgileri bütçe planında gösterilir.
(2) Silahlı kuvvetler ulusal savunma görevi dışında ancak Anayasanın açıkça öngörmesi halinde kullanılabilir.

61. Havacılık Güvenliği Kanunu, Federal Konseyin onayını gerektirmemektedir. Aynısı, Havacılık Güvenlik İşlevlerinin Yeni Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un diğer düzenlemeleri için de geçerlidir.

62. 3. Ortak bir görüş sunan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaleti Hükümetlerine göre, bireysel başvuru sağlam temellere dayanmaktadır. İtiraz edilen düzenlemenin, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasa Madde 87'a/2'yi ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

63. Bireysel başvuru konusu hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca Federal Devlet'in yasa çıkarma hakkı kapsamında değildir. Bu hükme göre, silahlı kuvvetler yalnızca polis işlevlerinin yerine getirilmesinde eyaletleri desteklemek için hareket edebilir ve bunu yaparken yalnızca eyalet yasalarının kendilerine verdiği yetkileri kullanabilirler. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federasyona Federal Yasa uyarınca tehlikeyi önlemek için Federal Silahlı Kuvvetleri konuşlandırma yetkisi vermesi, bununla uyumlu değildir. Anayasa'nın 73. maddesinde hasredilmiş olan Federasyonun münhasır yasama yetkisi, Anayasa'nın 87a/2 maddesinden dolayı, bu tespiti geçersiz kılmaz.

64. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, önleme amacıyla da silahlı kuvvetlerin konuşlandırılmasına izin vermesi, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası ve 3. fıkrası ile bağdaşmamaktadır. Anayasa, silahlı kuvvetlerin destekleyici konuşlandırılmasına yalnızca özellikle ağır bir kazanın halihazırda meydana geldiği durumlarda izin vermektedir. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen emir verme yetkisi, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen koşullar altında Federal Hükümet'in kolektif bir organ olarak karar vermesi gerektiğini dikkate almamaktadır.

65. Yukarıda yapılan açıklamalara göre, Federal Devlet, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkralarıyla bağlantılı olarak 87a.2 maddesinin oluşturduğu çerçeveyi ihlal ettiği için Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri zaten anayasaya aykırıysa, temel hakların da ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek yoktur. Ancak tedbir olarak, başvurucuların Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi, özellikle ağır bir kaza meydana gelmesini önlemek için kaçırılan bir yolcu uçağına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını kesinlikle yasakladığı fikrinin paylaşılmadığına dikkat çekilmiştir.

66. 4. Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, bireysel başvuru konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğu konusunda şüphelerini dile getirmiştir: Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri tarafından düzenlenen görevler, ulusal askeri savunmayı ilgilendirmemektedir. Bunun yerine bu görevler, polis gücünün yetkisi

altındaki görevlerdir. Federal Silahlı Kuvvetler, bu tür görevlerin yerine getirilmesi için gerekli yetkilendirme temelinden yoksundur. Bireysel başvuru da haklı olarak, silahlı kuvvetlerin ülke sınırları içinde askeri yollarla savaş benzeri bir operasyonel görevinin Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasında yer almadığını iddia etmektedir.

67. Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına karşı, hükmün lafzının açıklığı ve kesinliği ilkesi açısından itirazlar mevcuttur. Hüküm, burada varsayılan yaşamlara karşı yaşamların tartılması için kesin kriterlerden bahsetmemektedir. Hüküm uyarınca harekete geçmek zorunda kalan asker için bu, itaat etme görevi ile katı kişisel etik karar arasında ciddi bir çatışmaya yol açacaktır. Eksik olan, askerleri yabancı mahkemeler önünde de ön soruşturma işlemlerinden ve hukuki sorumluluk davalarından güvenilir bir şekilde muaf tutan bir düzenlemenin olmamasıdır.

68. 5. Pilotlar Birliği, bireysel başvuruyu sağlam temelli bulmaktadır ve şunları dile getirmektedir: Suça iştirak etmeyen kişilere karşı da ölümcül güç kullanımına izin veren Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygunluğu ve gerekliliği şüphelidir. Haince bir terörist saldırısının başarısı, sayısız ölçülemez paradigmaya bağlıdır. Hava trafiğindeki olayların gerçek sıralaması göz önüne alındığında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında büyük bir hava olayının meydana geldiğini tespit etmek son derece zordur ve ancak nadiren kesin olarak mümkündür. İdeal hava koşullarında bile, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca uçağın kontrolünden elde edilen bulgular en iyi ihtimalle belirsiz olarak nitelendirilir. Bir hava korsanının olası motivasyonu ve bir uçak kaçırmanın amaçları son ana kadar spekülatif olarak kalmaktadır. Mevcut dar zaman dilimi göz önüne alındığında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yerleşik gerçeklere dayanan bir operasyona ilişkin karar, büyük olasılıkla çok geç olacaktır. Bu nedenle, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, yalnızca olayın en başından beri aşırı reaksiyon varsa kullanılabilir.

69. 6. Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü, bireysel başvuruda dile getirilen itirazlara katılmakta ve şunları dile getirmektedir: Hukuki açıdan sivil bir uçağın düşürülmesi hiçbir açıdan yasal değildir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun hava trafiği güvenliğini artırma ve halkı terör saldırılarından koruma hedefi desteklenmektedir. Ancak bu amaca ulaşmak için diğer tüm olasılıklar şimdiye kadar tüketilmemiştir.

70. Uçaktaki durumun yerdeki karar vericiler tarafından yanlış değerlendirilmesi gibi ek bir tehlike de söz konusudur. Yerden Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının ön koşullarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmek neredeyse imkansızdır. Federal Savunma Bakanı'nın bir uçağın düşürülmesi emrini vermesi için ihtiyaç duyduğu bilgiler, doğrudan tehlike bölgesindeki uçaktan

gelmemektedir. Bunlar pilotun muhtemelen teröristlerin komutası altındaki kabin ekibinden aldığı dolaylı bilgilerdir. Bunun dışında, uçaktaki durum saniyeler içinde değişebilir, uzun iletişim kanalları nedeniyle yer kontrolü muhtemelen yeterince hızlı bilgilendirilemez.

## IV.

71. Duruşmada başvurucular, Alman Federal Meclisi, Federal Hükümet, Özgür Bavyera Eyaleti ve Hessen Eyaleti Hükümetleri, Alman Silahlı Kuvvetler Birliği, Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü yazılı sunumlarını tamamladılar ve ayrıntı eklediler. Bunu yaparken, Federal İçişleri Bakanı ve Alman Federal Meclisi parlamento partilerinin temsilcileri, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının kapsamına ilişkin kısmen farklı görüşlerini ortaya koydular. Bunun dışında, Alman hava trafik kontrolü[34] ve Alman Silahlı Kuvvetlerine bağlı Jet Motorlu Savaş Uçağı Mürettebatı Birliği[35], itiraz edilen düzenlemeye ve her şeyden önce uygulamasına ilişkin olgusal sorular hakkında görüşlerini bildirdiler.

## B.

72. Bireysel başvuru, kabul edilebilirdir.

## I.

73. Ancak kabul edilemez olan, itiraz edilen düzenlemenin Federal Konsey'in onayını gerektirmesi ve bu onayın verilmemesi sebebiyle zaten Anayasa'ya aykırı olduğu hususudur.

74. Başvurucular bu iddialarını Anayasa'nın 87d/2'ye[36] dayandırmaktadır. Bu hüküm uyarınca, hava trafik idaresinin görevleri, Federal Konsey'in onayını gerektiren federal yasama yoluyla, Federasyonun temsilcisi olarak hareket eden eyaletlere devredilebilir. Başvurucular, Havacılık Güvenliği Kanunu veya Havacılık Güvenliği Fonksiyonlarına İlişkin Yeni Yönetmelik Hakkında Kanun'da yer alan diğer hükümlerin bu tür bir görev devrine yol açtığını iddia etmemektedir. Bunun yerine, münhasıran bu Kanun'un, hava trafik idaresinin işlevlerini Eyaletlere devreden Federal Konsey'in onayını gerektiren mevzuatı değiştirdiğini ve bu nedenle Kanun'un kendisinin de Federal Konsey'in onayını gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Ancak bireysel başvuru, Anayasa'nın 87d.2. maddesi uyarınca içeriği Federal Konsey'in onay zorunluluğunu oluşturan hangi düzenlemelerin Havacılık Güvenliği

[34] *Deutsche Flugsicherung.*

[35] *Verband der Besatzungen strahlgetriebener Kampfflugzeuge.*

[36] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

Kanunu ile değiştirildiğini ve bunun ne ölçüde Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu hükme ilişkin içtihadına (BVerfGE 97, 198 (226-227)) uygun olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federal Konsey'in onayının gerektiğini belirtmemektedir. Bu bağlamda, yapılan bireysel başvuru, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 23. Maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ve birinci cümlesinin yarısıyla bağlantılı olarak 92. Maddesi uyarınca bir bireysel başvurunun temellendirilmesine ilişkin gereklilikleri karşılamamaktadır (BVerfGE 99, 84 (87); 109, 279 (305)).

## II.

75. Bununla birlikte kabul edilebilir olan, başvurucuların Anayasa'nın 1. maddesinin 1 fıkrası[37] ve 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesindeki[38] haklarının ihlal edildiği iddiasıdır. Çünkü Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında hasredilmiş olan şartların oluşması durumunda Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinde belirtilen diğer düzenlemelerin hükümlerine tabi olarak, içinde kendi istekleri hilafına tutulan ve kendilerinin bulunduğu uçağı başka insanların hayatlarına zarar vermek için kullanan insanların kontrolü altında bulunan uçağa karşı silahlı kuvvetlerin direkt kullanımına izin verilmektedir.

76. 1. Başvurucuların şikayetleri bu fıkra ile sınırlıdır. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 1., 2., 4. fıkralarının yanı sıra 15. maddesine ve burada sağlanan önlemlerle ilgili olarak, ayrı bir şikayette bulunmamaktadırlar. Sunulan şikayette, bu düzenlemelerin yanı sıra içeriği esas olarak usule ilişkin nitelikte olan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi kapsamındaki hükümler, yalnızca Havacılık Yasası Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca belirtilmiştir, bu hükümlere, zorunlu olarak operasyon öncesi başvurulmaktadır ve bu hükümlere böylesine bir operasyon için atıf yapılmaktadır.

77. 2. Bu şekilde itiraz edilen düzenleme ile ilgili olarak, başvurucular özellikle bireysel başvuruda bulunma hakkına sahiptir.

78. a) Bir bireysel başvuru -burada olduğu gibi- doğrudan bir kanuna yöneltilmişse, başvuruda bulunma yetkisi, başvurucunun temel haklarının mevcut ve doğrudan itiraz edilen normlardan etkilendiğini varsaymaktadır (*BVerfGE 1, 97 (101 ve devamı); 109, 279 (305); yerleşik içtihat*). Başvurucunun şahsen ve şu anda etkilenmesinin ön koşulu, ilke olarak, başvurucunun, temel haklarının, itiraz edilen hükümlere dayalı tedbirlerden etkileneceği ihtimalini ileri sürmesi durumunda karşılanır (*BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307-307*). Son olarak, itiraz edilen hükümlerin başka bir icra eylemi gerektirmeden başvurucunun yasal konumunu değiştirmesi durumunda başvurucu doğrudan etkilenir (*BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207)*). Başvurucunun

[37] İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

[38] Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir.

muhtemel bir infaz eylemine karşı herhangi bir işlem yapamadığı veya bunu makul bir şekilde yapamadığı durumlarda da bu varsayılmalıdır (*BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306-307)*).

80. aa) Bu nedenle, temel haklar bakımından Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, mevcut bu hükümden şahsen etkilenme olasılıkları yeterince yüksektir. Ayrıca, Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen işlemler ile Havacılık Güvenlik Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen diğer önlemlerle karşılaştırılarak, bu hüküm çerçevesinde bir uçağa karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanılması, gerektiğinde uçağın düşmesine neden olacak bir etki anlamına gelir.

## C.

84. Bireysel başvuru sağlam temellere sahiptir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 87.a/2 ve 35. maddenin 2. fıkrası ve 35. maddenin 3. fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile ve 1. maddesinin 1. fıkrası ile uyumsuzdur ve geçersizdir.

## I.

85. Anayasa'nın 2. maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesi, bir özgürlük hakkı olarak yaşam hakkını güvence altına almaktadır (*BVerfGE 89, 120 (130)*). Bu hakla, her insanın biyolojik ve fiziksel varlığı, bireyin yaşam koşullarından ve fiziksel ve psikolojik durumundan bağımsız olarak, ortaya çıktığı andan insanın ölümüne kadar devletin tecavüzlerine karşı korunur. Her insan hayatı aynı değere sahiptir (*BVerfGE 39, 1 (59)*). Bu hak, Anayasa'nın düzeninde nihai bir değer teşkil etmesine rağmen, yine de Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi bakımından bir kanunun özel olarak çıkarılmasının anayasal gerekliliğine tabidir (*BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53)*). Ayrıca, temel yaşam hakkı da bu nedenle resmi bir Parlamento Yasası temelinde ihlal edilebilir (*BVerfGE 22, 180 (219)*). Ancak bunun ön koşulu, söz konusu Kanunun her bakımdan Anayasa'nın gereklerini karşılamasıdır. Yasama yetkilerine uygun olarak kabul edilmeli, Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca temel hakkın özünü etkilememeli ve ayrıca Anayasa'nın temel kararlarına herhangi bir şekilde ters düşmemelidir.

## II.

87. 1. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yapılan bir operasyon ile etkilenen uçağın kabin ekibinin ve yolcuların ve ayrıca uçağı, bu hüküm anlamında, insanların hayatına karşı kullanmak isteyenlerin Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde teminat altına alınan yaşam hakkının

korunması kapsamını ihlal etmektedir. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir hava taşıtına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanma yetkisine başvurulması, neredeyse her zaman uçağın kazası ile sonuçlanacaktır. Kazanın sonucu, neredeyse kesin olarak, uçaktaki tüm insanların ölümü ve dolayısıyla hayatlarının yok olması olacaktır.

88. 2. Böyle bir müdahale için tek bir anayasal gerekçe ileri sürülemez. Halihazırda resmi bir bakış açısından, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, federal hükümetin (a) yasama yetkisine dayandırılamaz. Bunun dışında, hüküm, yalnızca uçağı silah olarak kullanmak isteyenleri değil, aynı zamanda Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca varsayılan büyük hava olayına neden olmaktan sorumlu olmayan kişileri de etkilediğinden, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesini de ihlal etmektedir (b).

92. bb). Bununla birlikte, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Federasyonun yetki alanı kapsamında değildir çünkü bu hüküm, silahlı kuvvetlere ilişkin anayasa hukukunun Anayasa tarafından sağlanan çerçevesi ile bağdaştırılamaz.

105. (b) Bir uçağa karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını içeren bir operasyonun Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi sınırlarına uymamasının nedeni, bu hükmün silahlı kuvvetlerin özel olarak askeri silahlarla doğal afetlerin veya özellikle ağır kazaların kontrolü için operasyonel görevlere izin vermemesidir.

110. (2) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan bölgeler arası olağanüstü hallere ilişkin hüküm ile de bağdaşmamaktadır.

115. (c) Ayrıca, Anayasa'nın bölgeler üstü bir acil durumda tipik askeri silahlarla silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin vermemesi nedeniyle, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesinin anayasal çerçevesi aşılmıştır.

118. b) Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasında hasredilmiş olan insan onuru ve haysiyeti güvencesi ile ilgili olarak (aa), bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi ile de silahlı kuvvetlerin içinde insan bulunan bir hava aracını Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 1. maddesi (bb) uyarınca hava trafiğinin güvenliğine karşı bir saldırının kurbanı olan kişilerin bulunduğu uçağı düşürmesine izin verdiği ölçüde, içerik bakımından da uyumlu değildir. Bu hükme, yalnızca Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca gerçekleşen operasyonun insansız bir uçağa veya yalnızca böyle bir saldırının isnat edilebileceği kişi veya kişilere yönelik olması durumunda, esas (cc) ile ilgili olarak anayasal olarak itiraz edilemez.

119. Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile güvence altına alınan temel yaşam hakkı, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca bir kanunun özel olarak çıkarılması gerekliliğine tabidir (Yukarıda C bölümü I kısmına bkz.). Bununla birlikte, temel hakkı sınırlayan kanun, Anayasa'nın onunla yakından bağlantılı olan 1. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki temel hak ve insan haysiyetinin güvencesi ışığında değerlendirilmelidir. İnsan hayatı, Anayasa'nın temel kurucu ilkesi ve en yüksek değeri olarak insan onurunun hayati temelidir (*BVerfGE 39, 1 (42); 72, 105 (115); 109, 279 (311)*). Nitelikleri, fiziksel veya zihinsel durumları, başarıları ve sosyal statüleri ne olursa olsun, tüm insanlar birey olarak bu onura sahiptir (*BVerfGE 87, 209 (228); 96, 375 (399)*). Bu onur, hiçbir insandan alınamaz. Bununla birlikte, ihlal edilebilecek olan, bundan kaynaklanan saygı gösterme iddiasıdır (*BVerfGE 87, 209 (228)*). İnsan onuru, diğerlerinin yanı sıra, bireysel insan yaşamının olası süresinden bağımsız olarak geçerlidir (*İnsanın ölümünden sonra bile onuruna saygı gösterilmesi talebi hakkında, BVerfGE 30, 173 (194)*).

120. Yaşama hakkı ile insan onuru arasındaki bu ilişki göz önüne alındığında, devletin bir yandan kendi tedbirleriyle temel yaşam hakkını ihlal etmesi ve böylece insan onurunun göz ardı edilmesi yasağını ihlal etmesi yasaktır. Diğer yandan devlet de her insanın hayatını korumakla yükümlüdür. Bu koruma görevi, devletin ve onun organlarının, her bireyin yaşamını korumasını ve geliştirmesini gerektirir; bu, her şeyden önce, her bireyi hukuka aykırı saldırılara ve üçüncü şahısların müdahalelerine karşı korumak anlamına gelir (*BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (73)*). Ayrıca, bu koruma görevinin temeli, devleti açıkça insan onuruna saygı göstermek ve korumakla yükümlü kılan Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer almaktadır (*BVerfGE 46, 160 (164); 49, 89 (142); 88, 203 (251)*).

121. Devletin eylemi için bu yükümlülüğün somut olarak ne anlama geldiği kesin olarak belirlenemez (*BVerfGE 45, 187 (229); 96, 375 (399-400)*). Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası, bireyi sadece üçüncü şahıslar veya devletin kendisi tarafından yapılan küçük düşürme, markalaştırma, zulüm, yasa dışı ilan etme ve benzeri eylemlere karşı korumaz (*BVerfGE 1, 97 (104)); 107, 275 (284); 109, 279 (312)*). Özgürlük içinde kendi kaderini tayin hakkını kullanmanın ve kendilerini özgürce geliştirmenin insan doğasının bir parçası olduğu anayasayı oluşturan yasama organı fikrini başlangıç noktası olarak almak ve prensipte bir bireyin toplumda eşit haklara ve kendine ait bir değere sahip bir üyesi olmak iddiası (*BVerfGE 45, 187 (227-228)*), insan onuruna saygı gösterme ve onu koruma yükümlülüğü, genellikle bir insanı devletin sırf nesne haline getirmesini engeller (*BVerfGE 27, 1 (6)); 45, 187 (228); 96, 375 (399)*). Kesinlikle yasaklanmış olan husus, kamu otoritesinin, bir insanın özne niteliğine, hukuki bir kişi olarak statüsüne (*BVerfGE 30, 1 (26); 87, 209 (228); 96, 375 (399)*) ve bir insanın sırf insan olmaktan kaynaklanan varlığına saygı göstermediği bir harekette bulunmasıdır (*BVerfGE 30, 1 (26); 109, 279 (312-313)*). Kamu otoriteleri

tarafından böyle bir hareket mevcut olduğunda, her bir vakada, çatışmanın ortaya çıkabileceği özel durum göz önünde bulundurularak belirtilmelidir (*BVerfGE 30, 1 (25); 109, 279 (311)*).

122. bb) Bu standartlara göre, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kabul edildiği gibi savaş dışı hava olayının meydana gelmesinde herhangi bir etkide bulunmayan mürettebatın ve yolcuların bulunduğu uçağın düşürülmesi, ayrıca Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesine aykırı olacaktır.

123. aaa) Hava olayına karışan uçağa karşı, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrası uyarınca doğrudan silahlı kuvvet kullanma emrinin verildiği anda, bu uçağın, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca insan yaşamına karşı kullanılmak üzere olduğunun kesin olarak varsaymak mümkün olmalıdır. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, uçağın, ele geçirilenler tarafından bir saldırı silahına çevrilmiş olması gerekir; uçağın kendisi, failler tarafından, sadece suçun işlenmesine yardımcı bir araç olarak değil, suçun silahı olarak hedeflenen bir şekilde uçağın düşmesinin amaçlandığı bölgede kalan kişilerin yaşamlarına karşı kullanılması gerekir. Ayrıca, uçuş halindeki bir uçağın sıkışık koşullarıyla karakterize edilen böylesine ekstrem bir durumda, yolcular ve mürettebat tipik olarak umutsuz bir durumdadırlar. Artık kendi hayatlarının koşullarını başkalarından bağımsız olarak kendi belirledikleri bir şekilde değiştiremezler.

124. Bu onları sadece suçun faillerinin nesnesi yapmaz. Ayrıca, böyle bir durumda Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen tedbire başvuran kamu makamları, onları başkalarının korunması için kurtarma operasyonunun yalnızca nesneleri olarak görmüş olur. Uçakta bulunan ve mağdur olarak etkilenen insanların durumunu karakterize eden çaresizlik ve kaçınılmazlık, uçağın düşürülmesini emreden ve gerçekleştirenlere karşı da geçerlidir. Uçak mürettebatı ve yolcuları, hiçbir şekilde kontrol edemeyecekleri durumlardan dolayı bu Devlet eyleminden kaçamayacak, kasıtlı bir şekilde vurulmaları sonucunda da bu durum karşısında çaresiz ve savunmasız kalacak ve uçakla birlikte bunun sonucu olarak çok yüksek bir ihtimalle öldürülecektirler. Böyle bir eylem, etkilenen kişilerin onurlu ve devredilemez haklara sahip özneler olma statüsünü görmezden gelir. Öldürülmeleri, başkalarını kurtarmak için bir araç olarak kullanıldığından hem nesne muamelesi görmektedirler hem de haklarından mahrum bırakılmaktadırlar; hayatları devlet tarafından tek taraflı olarak sona erdirilirken, uçakta bulunan ve mağdur olarak kendileri de korunmaya muhtaç olan kişiler, bir insanın kendisi için hak ettiği değerden mahrum bırakılmaktadır.

126. (1) Pilotlar Birliği, özellikle, koşullara bağlı olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında büyük bir hava olayının meydana gelmesinin ve bu olayın özellikle ağır bir kaza tehlikesi oluşturduğunu belirlemenin halihazırda büyük belirsizliklerle dolu olduğuna işaret etmiştir. Pilotlar Birliği'ne göre, böyle bir belirleme nadiren kesin olarak yapılabilir. Durumun değerlendirilmesindeki kritik noktanın, uçağın tehlike altındaki mürettebatının, bir uçağı kaçırma girişiminin ve bunun başarısını, yerdeki karar vericilere ne ölçüde iletebildiğinin olduğu belirtilmektedir. Eğer bu mümkün değilse, olgusal temelin en başından yanlış anlaşılma damgasıyla lekelendiği söylenebilir.

129. Bu değerlendirme Mahkemeye ikna edici görünmüştür, çünkü çok sayıda karar vericiye ve ilgili kişiye bağlı olan karmaşık, çok katmanlı karar verme sistemi, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bir operasyon gerçekleştirilinceye kadar Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri uyarınca geçilmiş olmalıdır, ki bu da acil bir durumda oldukça zaman alacaktır. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin hava sahasının nispeten küçük olduğu gerçeği göz önüne alındığında, bu karar verme üzerinde yalnızca büyük bir zaman baskısı değil, aynı zamanda erken karar verme tehlikesi olduğu anlamına gelir.

130 .ccc) Polis gücü alanında dahi tahminlerle ilgili güvensizlikler çoğu zaman tamamen önlenemezken, kaçırılan bir uçağın mürettebatı ve yolcuları gibi kendileri için umutsuz bir durumda olan kişilerin, gerekirse bu tür ölçüsüzlükleri kabul eden kanuni bir yetkiye dayanarak kasten öldürülmesi Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabilirliği altında kesinlikle düşünülemez. Aynı şekilde, gerçekleştirilen uçak düşürmenin ve buna ilişkin bir emrin ceza hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine burada karar verilmesine gerek yoktur (*Bu konuda ve benzer durum şartlardaki davalar için, örneğin, bkz., İngiliz Bölgesi için Cezai Konularda Yüksek Adalet Divanı Kararları* (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen – OGSt) 1, 321 (331) vd, 335 vd; 2, 117 (120 vd); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cilt I, 3. baskı 1997, s 888-889; Erb, içinde: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt 1, 2003, § 34, marj no 117 vd; Rudolphi, içinde: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt I, Allgemeiner Teil, Vor § 19, marj. no 8 (Nisan 2003 itibariyle); Kühl, Strafgesetzbuch, 25. Basım, 2004, Vor § 32, marj. no 31; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 52. Basım, 2004, Vor § 32, marj no 15, § 34, marj. no 23; Hilgendorf, in: Blaschke /Förster/Lumpp/Schmidt, Sicherheit statt Freiheit? 2005, s 107 (130)*). Anayasal değerlendirme için münhasıran belirleyici olan, yasama organının müdahale için yasal bir yetki oluşturarak Havacılık Güvenliği Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikteki işlemleri suça katılmayan kişilere karşı gerçekleştirme yetkisi, bu şekilde bu tür işlemleri yasal olarak nitelendirememesi ve dolayısıyla bunlara izin verememesidir. Savaş niteliği taşımayan silahlı kuvvetler

operasyonları olarak, yaşam hakkı ve devletin insan onuruna saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü ile bağdaşmazlar.

131. (1) Bu nedenle, yer yer ileri sürülen argümanlardan farklı olarak, uçağın Havacılık Güvenliği Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tehlikeyi önleyen bir önlemle sonuçlanan Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası anlamında bir hava olayına karışması halinde, bir uçağa mürettebat üyesi veya yolcu olarak binen birinin bulunduğu uçağın düşürülmesine ve dolayısıyla kendi ölümüne muhtemelen rıza göstereceği varsayılamaz. Böyle bir varsayım gerçekçi bir temelden yoksundur ve gerçekçi olmayan bir kurgudan başka bir şey değildir.

132. (2) Ayrıca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında başkalarının hayatına karşı kullanılması amaçlanan bir uçakta bulunan kişilerin her halükarda ölüme mahkûm olduğu değerlendirmesi, bu hükümler uyarınca hayata geçirilmiş bir operasyonun genel olarak muhtevası, umutsuz bir durumda bulunan masum insanların öldürülmesiyle onların haysiyet haklarının ihlal niteliğini ortadan kaldırmaz. İnsan hayatı ve insan onuru, bireyin fiziksel varoluşunun süresine bakılmaksızın aynı anayasal korumadan yararlanır (*Yukarıya Bkz C, I, II, 2, b, aa*). Bunu inkar eden veya sorgulayan herkes, bir uçak kaçırma olayının kurbanı gibi, kendilerini alternatifsiz bir acil durumda bulanları, insanlık onuru adına hak ettikleri saygıyı inkar eder (*Yukarıya Bkz C, II, 2, b, aa, bb, aaa*).

134. (3) Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası anlamında uçağı, başkalarının hayatına karşı bir suç silahı olarak kullanmak niyetinde olan kişilerin komutasındaki bir uçakta tutulan herhangi biri artık bir silahın parçası haline gelmiştir ve bu şekilde muamele görmesi gerekir şeklinde de farklı bir değerlendirmeyi haklı çıkarmaz. Bu görüş, böyle bir olayın kurbanlarının artık insan olarak değil, bir nesnenin parçası olarak, kendilerinin de nesne haline gelmiş olarak algılandıklarını neredeyse açık bir şekilde ifade etmektedir. Bu, Anayasadaki insan kavramıyla, doğası özgürlük içinde kendi kaderini tayin etmek olan bir varlık olan insan fikriyle (*BVerfGE 45, 187 (227)*) ve bu nedenle devlet eyleminin salt objesi haline gelememesiyle uzlaştırılamaz.

135. (4) Bireyin, yasal olarak oluşturulmuş siyasi yapıyı, onu yıkmaya ve yok etmeye yönelik saldırılara karşı korumanın tek mümkün yolu olması durumunda, ihtiyaç halinde bir bütün olarak devletin çıkarına hayatını feda etmek zorunda olduğu fikri (*Örneğin Enders, Anayasa Üzerine Berlin Yorumu, cilt 1, Madde 1, marj no 93, Temmuz 2005 itibariyle*) de farklı bir sonuca yol açmaz. Bu bağlamda, böyle bir dayanışma yükümlülüğünün olağanüstü hal anayasanın yarattığı koruyucu mekanizmaların ötesinde Anayasa'dan türetilebileceğine ve eğer öyleyse de hangi koşullarda sağlanabileceğine Mahkeme'nin karar vermesine gerek yoktur. Zira

Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygulama alanında mesele, siyasi yapıyı ortadan kaldırmayı ve devletin yasal ve anayasal sistemini ortadan kaldırmayı amaçlayan saldırıların önlenmesi değildir.

136. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri, polis gücü bağlamında, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası anlamında özellikle ağır kazaların meydana gelmesini önlemeye hizmet eder. Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı gibi (*Federal Meclis belgesi 15/2361, s 14*), bu tür kazalar siyasi motivasyon kaynaklı olabileceği gibi, suçlular veya kendi başlarına hareket eden gayri mümeyyiz kişilerden de kaynaklanabilir. Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddelerinin afet kontrol sistemine dahil edilmesinin de gösterdiği gibi, "olaylar" münferit kazalarda siyasi saiklerden kaynaklansalar bile, devleti ve devletin varlığını sorgulamayı amaçlamadığı varsayılır. Bu koşullar altında, açıklanan anlamda bir sorumluluk yükümlülüğünün üstlenilmesine yer yoktur.

139. Havacılık Güvenliği Yasası Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında durum böyle değildir. Bu hükme göre bir uçağa karşı doğrudan kuvvet kullanılmasının emredilmesi ve yürütülmesinin hesaba katılmadığı husus, uçakta tutulan saldırı mağdurlarının da hayatlarının devlet tarafından korunması hakkına sahip olmalarıdır. Bu insanlar, sadece devlet tarafından bu korumadan mahrum bırakılmakla kalmamakta, devletin kendisi de bu savunmasız insanların yaşamlarına tecavüz etmektedir. Dolayısıyla, daha önce de açıklandığı gibi, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre herhangi bir prosedür, bu kişilerin özne konumlarını Anayasa'nın 1.maddesinin 1.fıkrasına bağdaşmayacak şekilde dikkate almamış olacaktır. Ayrıca bu prosedür, Anayasa'nın 1.maddesinin 1.fıkrasından kaynaklanan öldürmeme yasağını devlet açısından dikkate almamış olacaktır. Bu prosedürün diğer insanların hayatlarını korumaya ve sürdürmeye hizmet etmeyi amaçladığı gerçeği bunu değiştirmez.

140. cc) Ancak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası, silahlı kuvvetin doğrudan insansız bir hava aracına veya münhasıran uçağı yerdeki insanların hayatlarına karşı bir suç silahı olarak kullanmak isteyen kişilere yönelik olduğu ölçüde, Anayasa'nın 1. maddesinin 1.fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi ile uyumludur.

144. bbb) Sadece uçakta bulunan ve onu insan yaşamına karşı bir silah olarak kullanmak isteyen kişilere karşı uygulandığı ölçüde, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki düzenleme de orantılılık ilkesinin gerekliliklerini karşılamaktadır.

145. (1) Bu hüküm, insan hayatını kurtarma amacına hizmet etmektedir. İnsan yaşamının anayasal düzende sahip olduğu yüksek değerle ilgili olarak, bu, uçaktaki suçluların yaşam hakkının ciddi şekilde ihlal edilmesini haklı çıkarabilecek kadar ağır bir düzenleyici amacıdır.

149. (4) Son olarak, içinde yalnızca onu kötüye kullanmak isteyen kişilerin bulunduğu bir uçağa karşı Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca doğrudan silahlı kuvvet kullanma yetkisinin de dar anlamda orantılı olabileceği söylenebilir. İçerdiği temel haklara yönelik ihlalin ciddiyeti ile korunması gereken yasal menfaatlerin ağırlığı arasındaki genel değerlendirmenin sonucuna göre (*BVerfGE 90, 145 (173); 104, 337 (349); 110, 141 (165)*), suçtan etkilenen kişiler için makul olduğu sürece suçun unsurları hakkında kesinlik varsa böyle bir uçağın düşürülmesi, tehlikeyi önlemek için uygun bir önlemdir.

150. (a) Bununla birlikte, temel haklara yönelik ihlalin ciddiyeti daha ağır basmaktadır. Çünkü Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca yürütülecek bir operasyon, neredeyse kesin olarak uçaktaki insanların ölümüyle sonuçlanacaktır. Ancak burada varsayılan koşullar uyarınca, devlet müdahalesinin gerekliliğine sebebiyet veren suçlu olan bu kişilerin kendileridir ve suç planlarını gerçekleştirmekten kaçınarak bu müdahaleyi her an önleyebilirler. Hem uçakta hem de yerdeki olayların gidişatını kesin bir şekilde belirleyen, uçağı komutaları altına alan bu kişilerdir. Öldürülmeleri, ancak kontrol altına aldıkları uçağı insanları öldürmek için kullanacaklarının kesin olarak kanıtlanması ve bunun onların kendi hayatları için taşıdığı tehlikenin farkında olmalarına rağmen planlarına sadık kalmaları halinde gerçekleşebilir. Bu, onların temel haklarına yönelik tecavüzün ağırlığını azaltır.

152. (b) Bununla birlikte ayrıca unutulmaması gereken husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması halinde, yalnızca yerdeki son derece tehlikeli tesisler etkilenmeyecek, aynı zamanda silahlı güç kullanılarak düşürülen uçağın enkazı, aşağıda bulunan insanları da muhtemelen öldürecektir.

153. Ancak bu husus, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası kapsamındaki düzenlemenin hukuken devam eden varlığıyla değil, somut olaydaki uygulamasıyla ilgilidir. Davada sunulan görüşler uyarınca, yoğun nüfuslu bölgelere düşen uçak enkazları sebebiyle yerdeki kişilerin zarar göreceği, hatta hayatını kaybedeceği kesin olarak varsayılıyorsa, operasyona başvurudan her halükarda kaçınılması amaçlanmaktadır. Hükmün anayasa hukukunun orantılılık gerekliliklerini de karşılayıp karşılamadığı sorusuyla ilgili olarak, hava trafiğinde yalnızca saldırganların bulunduğu bir uçağa karşı silahlı kuvvetin doğrudan kullanılmasıyla uçağın düşürülmesinin aynı zamanda başkalarının hayatlarını da ihlal etmeden, suç için silah olarak kullanılmasının amaçlanan kişilerin yaşamlarına yönelik tehlikeyi

önleyebileceğini tespit etmek yeterlidir. Yukarıdaki bölümde açıklanan durum budur. Bu, daha dar anlamda, silahlı kuvvetin insansız bir uçağa veya içinde yalnızca saldırganlar bulunan bir uçağa karşı doğrudan kullanımına izin verdiği ölçüde Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasını orantılı hale getirir.

154. ccc) Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasındaki hakkın özüne dokunmama yasağı, bu grup kişilere karşı böyle bir önlem alınmasını da yasaklamaz. Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen son derece istisnai durum göz önüne alındığında, temel yaşam hakkının özüne, bu hükmün içerdiği temel hakka tecavüzün, burada varsayıldığı durumda üçüncü kişilerin önemli çıkarlarının korunmasının hakka tecavüzü meşrulaştırdığı ve orantılılık ilkesine riayet ettiği sürece, tecavüz edilmemiş olur (*BVerfGE 22, 180 (219-220); 109, 133 (156)*). Yukarıda yapılan açıklamalara göre her iki koşul da karşılanmaktadır (*Yukarıya bkz C, II, 2, b, cc, bbb*.).

## III.

155. Federal Hükümetin evvela Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası için yasama yetkisine sahip olmaması nedeniyle, bu hüküm, bir uçağa karşı silahlı kuvvet kullanımının esasen anayasa hukuku kapsamında haklı gösterilebileceği ölçüde de yürürlükte kalmaya devam etmeyecektir. Söz konusu hüküm tamamen Anayasa'ya aykırıdır ve sonuç olarak Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 95. maddesinin 3. fıkrasının birinci cümlesi[39] uyarınca geçersizdir. Bu durumda, sadece itiraza konu olan hükmün Anayasa'ya uygun olmadığının belirtilmesine gerek yoktur.

## II. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Analizi

İlk olarak, 1738-1794 tarihleri arasında yaşamış, modern ceza hukukunun kurucularından sayılan ve idam cezasının uygulanmasına karşı çıkan ilk akademisyen olarak bilinen Cesare Beccaria'nın "*Yasalar, ne zaman insanı savsar ve onu bir nesneye dönüştürürse ortada özgürlükten eser kalmaz*" sözünü akıldan çıkarmamak gerekmektedir[40]. Şüphe yok ki Anayasası'nın ilk maddesi, insan onurunun dokunulmazlığı olan bir ülkenin uçakta suça ortak olmamış insanları sadece bir sayı olarak değerlendirip savaş uçakları ile öldürülebilmelerine izin vermesi, artık onları hakkın sahibi bir bireyden hakkında hayati karar verilebilecek bir nesne haline getirmiştir. Kararda da ısrarla üzerinde durulduğu üzere, bir uçak kaçırıldığında o uçakta neler olduğunu uçaktakiler dışında kimse bilememektedir. Uçağı kaçıran teröristlerin o anki motivasyonunun muğlak olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Zira mezkur Kanun'un çıkarılmasına sebebiyet veren olaya, yolcu uçağını kaçıran kişinin mental bozukluğu olduğu ve istediğine ulaşınca

[39] Mahkeme, bir kanuna karşı açılmış bir anayasa şikayetini kabul ederse, o kanun geçersiz sayılır.

[40] Cesare Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments by the Marquıs Beccaria of Milan with a Commentary*, (1st, W.O. Little & Co 1872) 77.

uçağı sorunsuzca indirdiğine kararın ilk paragraflarında yer verilmişti. Ancak bir anlığına düşünülürse, bu olay, kararda tartışılan Havacılık Güvenliği Kanunu'ndan sonra meydana gelmiş olsaydı ve mental bozukluğu olan, ancak 11 Eylül gibi bir saldırı gerçekleştirme amacı olmayan kişinin ele geçirdiği uçak, Federal Savunma Bakanı'nın emriyle içinde yüzlerce masum yolcuyla düşürülebilecekti.

Kararın esasen insan hakları boyutu bakımından incelenmesi öncesinde, kararın muhteviyatı bağlamında usuli boyutunun incelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu usuli boyut, insan hakları ve terörizm arasındaki çalışmalar bakımından somut bir tartışma ortaya koymasa da karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmaları bakımından önemi haizdir. Zira Federal bir devlet yapısına sahip olan Almanya, Federal bir Bakana, kaçırıldığı iddia edilmiş bir uçağı söz konusu federe devletlerin bilgisi dahi olmadan vurabilme emrini verebilmesi konusunda yetki vermiştir. Ancak söz konusu yetki aktarımı birçok açıdan sorunludur. Zaten Türkçeye çevrilmiş olan kararda da mezkur ihtilaftaki usuli eksikliklere de değinilmiştir. Mahkemeye görüş sunan iki federe devlet olan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaletleri de görüşlerinde Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihtilaflı maddesinin içeriği bakımından sadece usuli eksiklikleri dile getirmişlerdir. Sunulan argümanlara göre bireysel başvuru konusu hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkrası uyarınca Federal Devlet'in yasa çıkarma hakkı kapsamında değildir. Bu hükme göre, silahlı kuvvetler yalnızca polis işlevlerinin yerine getirilmesinde eyaletleri desteklemek için hareket edebilir ve bunu yaparken yalnızca eyalet yasalarının kendilerine verdiği yetkileri kullanabilirler. Söz konusu hüküm ise bununla uyumlu değildir. Ek olarak, Anayasa, silahlı kuvvetlerin destekleyici konuşlandırılmasına yalnızca özellikle ağır bir kazanın halihazırda meydana geldiği durumlarda izin vermektedir. Bunun dışında, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen emir verme yetkisi, Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen koşullar altında Federal Hükümet'in kolektif bir organ olarak karar vermesi gerektiğini dikkate almamaktadır. Ancak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Federal Savunma Bakanı tek başına karar alabilmektedir. Bu nedenle bu federe devletlerce itirazı istenen hüküm, Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi ve 3. fıkralarıyla bağlantılı olarak 87a/2 maddesinin oluşturduğu çerçeveyi ihlal ettiği için Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 13, 14 ve 15. maddeleri zaten Anayasaya aykırı olacaktır ve temel hakların da ihlal edilip edilmediğinin incelenmesine gerek yoktur. Karar'ın 62. paragrafında ortak görüş sunan Özgür Bavyera Eyaleti Hükümeti ve Hessen Eyaleti Hükümetlerinin bakış açıları da incelenmeye değerdir. Bu eyaletlerin hükümetleri, iptali istenen Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmişlerse de sadece usuli eksiklik olduğunu savunmuşlardır. Buna göre başvurucuların esasa dair itirazları olan "yaşam hakkı" ve "insan onurunun dokunulmazlığı" konularının söz konusu eyaletlerin hükümetlerince paylaşılmadığına dikkat çekilmelidir.

Usuli eksiklik bakımından tartışılan bir diğer konu ise bireysel başvuru konusu hükmün ihdası sırasında iki kanatlı olan Alman yasama organın sadece bir kanadının kararının alınmasıdır. Bilindiği üzere Alman yasama sistemi iki kanattan oluşmaktadır. Biri ABD Temsilciler Meclisi veya Birleşik Krallık'taki Avam Kamarası'na benzetilecek şekilde oluşturulmuş Federal Meclistir. Bu Meclisteki 735 milletvekili tek dereceli oy ilkesiyle oluşan genel seçimle seçilirler. Yasama sisteminin ikinci kanadı olan Federal Konsey ise iki aşamalı bu yasama yapısı bakımından yasamanın diğer kanadına oranla sayısı göz önüne alındığında ABD Senatosuna benzetilebilecektir. Zira ABD Temsilciler Meclisi'nde de 435 üye bulunmaktayken Senato'da 100 üye vardır. Alman Federal Konseyi'nin seçim usulü ise ABD Senatosu'ndan farklıdır. Bu kısım ise Federe devletlerin hükümetlerince atanan 69 üyeden oluşmakta olup üyeleri Federal Meclis gibi seçimle gelmemektedir. İhdas edilen regülasyonların yapısı ve muhteviyatı itibariyle yasamanın iki kanadının dahil olduğu bir süreç söz konusu olabilecekken Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihdası sırasında Federal Konsey görev almamış, Federal Meclis tek başına hareket etmiştir. Bu da usuli bakımdan eksiklik oluşturmaktadır. Başvurucular, bu iddialarını Anayasa'nın 87d/2'ye[41] dayandırmaktadır. Bu hüküm uyarınca, hava trafik idaresinin görevleri, Federal Konsey'in onayını gerektiren federal yasama yoluyla, Federasyonun temsilcisi olarak hareket eden eyaletlere devredilebilir. Başvurucular, Havacılık Güvenliği Kanunu veya Havacılık Güvenliği Fonksiyonlarına İlişkin Yeni Yönetmelik Hakkında Kanun'da yer alan diğer hükümlerin bu tür bir görev devrine yol açtığını iddia etmemektedir. Bunun yerine, münhasıran bu Kanun'un, hava trafik idaresinin işlevlerini Eyaletlere devreden Federal Konsey'in onayını gerektiren mevzuatı değiştirdiğini ve bu nedenle Kanun'un kendisinin de Federal Konsey'in onayını gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Ancak bireysel başvuru, Anayasa'nın 87d.2. maddesi uyarınca içeriği Federal Konsey'in onay zorunluluğunu oluşturan hangi düzenlemelerin Havacılık Güvenliği Kanunu ile değiştirildiğini ve bunun ne ölçüde Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu hükme ilişkin içtihadına[42] uygun olarak Havacılık Güvenliği Kanunu'nun Federal Konsey'in onayının gerektiğini belirtmemektedir. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruyu Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 23. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi ve birinci cümlesiyle bağlantılı olarak 92. maddesi uyarınca bir bireysel başvurunun temellendirilmesine ilişkin gereklilikleri karşılamadığına hükmetmiştir.[43] Görüleceği üzere Mahkeme, başvurucular tarafından ileri sürülen argümanın temel alındığı Kanun ve Anayasa maddesi sarih olarak Mahkemece reddedilmese de ileri sürülen argümanın temellendirilmesine ilişkin gerekliliklerin karşılanmadığı yönünde karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin başvurudaki bu argümanın temellendirilmesine

[41] Hava trafiği idaresinin görevleri, Federal Konseyin onayına bağlı bir federal yasayla Federasyon adına yürütülmek üzere eyaletlere devredilebilir.

[42] Bkz. BVerfGE 97, 198 (226-227).

[43] Bkz. BVerfGE 99, 84 (87); 109, 279 (305).

ilişkin gerekliliği karşılamadığı konusunda sadece tespitte bulunup bu konuda detaylı bir açıklamada bulunmaması eleştiriye açık bir husus olarak kalacaktır.

Mahkeme'nin yetki de dahil olmak üzere usuli itirazlar incelendikten sonra bu çalışmanın önemli bir kısmını tutan kararın esas kısmı incelenmelidir. Zira karara dair önemli çalışmalar insan hayatının karşılaştırılamazlığı üzerinden esas incelenmesiyle yapılmaktadır. Bu doğrultuda üzerinde durulması gereken ilk husus yasama organının, bu Kanun'u geçirirken insan yaşamları üzerinde niceliksel bir karşılaştırma yapmış olmasıdır. Varsayımsal olarak düşünülürse uçakta 150 kişi varsa ve bu uçak teröristler tarafından kaçırılıp binlerce izleyicisi olan bir futbol maçının oynandığı stadyuma düşürülürse binlerce kişi ölebilecektir. Ancak uçak Havacılık Güvenliği Kanunu uyarınca havada vurulursa, uçak artık bir silah olarak kullanılamayacaktır. Bir saniyeliğine teröristlerin motivasyonundan şüphe edilmese ve her halükarda 11 Eylül gibi bir saldırı yapılacağından emin olunsa bile asıl soru şu olmaktadır; stadyumdaki binlerce kişinin hayatını kurtarma pahasına uçaktaki 150 kişi feda edilebilir mi? Eğer uçak vurulmazsa uçaktakilerle birlikte stadyumdakiler de ölecektir. Bir anlığına bakıldığında her halükarda uçaktakiler öleceği için onların havada askeri uçaklar tarafından veya stadyuma çarparak ölmelerinin bir farkının olmadığı söylenebilecektir. Ancak asıl dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; insan beyni tahmin edilemezdir. Yukarıda ısrarla tarafımca "emin olunsa", "bir anlığına" veya "varsayımsal" kelimelerinin kullanılmasının sebebi budur. Kendileriyle birlikte etrafındaki insanları öldürme motivasyonuyla hareket eden "canlı bomba"lar düşünüldüğünde, araştırmalar ve raporlar göstermektedir ki, canlı bombalar son dakika değişikliği yapabilmektedirler[44]. Dolayısıyla sırf bir canlı bombanın kamusal otobüsle kalabalık pazar alanına girmesi halinde pazar alanındakileri korumak için otobüs henüz pazar alanına girmeden boş bir yolda patlatmak %100 şekilde pazar alanındakileri korumayacaksa; kaçırılmış bir uçağı askeri uçaklarla vurmak da kalabalık stadyumdakileri korumaz. Çünkü eğer %1 ihtimalle bile o uçağın veya otobüsün içindekilerin sadece kaçırılmalarından kaynaklanan bir şüphe sebebiyle öldürülme ihtimalleri varsa bu açık bir şekilde onları nesne haline getirmekte ve insan onurunun dokunulmazlığını ellerinden almaktadır. Zira mahkeme kararının 85. paragrafında da vurgulandığı üzere her insan hayatı aynı değere sahiptir. Bu konuda akademide verilen bir örneğe de değinmekte fayda vardır; söz konusu uçaktakilerin öldürülme sorunu, organ piyangosu adı verilen bir olgu tarafından açıklanabilir. İstatistiksel olarak, herkes kanserden ölme riskiyle karşı karşıyadır. Herkesin dahil olması gereken ve denk gelme olasılığının kanser kaynaklı ölümden önemli ölçüde daha düşük olduğu bir piyango yapılmasının kabul edildiği düşünelim. Bu piyangoda kazananlar öldürülecek ve organlarının büyük tehdit altındaki kanser hastalarına bağışlanması halinde herkesin öngörülen yaşam süresi artacaktır. Bu piyangoda sorun

[44] Bruce Hoffman, 'The Logic Of Suicide Terrorism' (2003) (3) The Atlantic Monthly <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/06/the-logic-of-suicide-terrorism/302739/> Date of Access 29 July 2023.

nedir? Bu sadece tek bir yöndür. İnsanların vücutlarına kanser hücresi geliştirme olasılığı aslında çok farklıdır. Bu, kişisel tutum ve kişinin kendi davranışına bağlıdır ve bu da daha savunmasız olan kişiler için adil olmaz. Bu nedenle, uçağın içinde bulunanların da adil olmayan ve tamamen dışarıdaki parametrelere bağlı bir şekilde vurulmamaları gerekir[45]. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise böyle bir kararın hükümetlerce savunulurken "hukuk devleti" kavramı üzerinde ne düşündükleridir. Çünkü hem eyalet hükümetleri hem de Federal hükümet Havacılık Güvenliği Kanunu'nun ihtilaflı maddesini savunurken hukuktan ve gerçeklikten uzak argümanlar üretmişlerdir. Söz konusu argümanların tekrar edilmesine gerek yoktur. Ancak akademide hukuk devletinin maddi boyutu söz konusu olduğunda insan haklarının korunması şart koşulurken[46], kimisi insan onurunu esas alır[47] kimisi ise "sosyal olmayı" temel alır[48]. Her ne kadar esas alınan nokta üzerinde yeknesak bir yaklaşım olmasa da söz konusu bütün yaklaşımlar Federal hükümetin argümanlarına karşı durabilmektedir. Söz konusu Havacılık Güvenliği Kanunu, 11 Ocak 2005 yılında Almanya Cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp kanun gücü kazandırıldığı sırada dahi Cumhurbaşkanı tarafından tereddüt konusu olmuştur[49]. Cumhurbaşkanı Köhler aynen şunları söylemiştir;

"*Son olarak, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesi, tehditle bağlantısı olmayan yolcuları taşısa bile, söz konusu olay dışındaki kişilerin hayatını tehdit eden bir uçağın düşürülmesine izin vermektedir. Böylece bazı canlar başkaları için feda edilmektedir. Bugüne kadar, yürürlükteki anayasa içtihatlarına ve anayasa hukukçularının çoğunluğunun görüşüne göre, hayatın hayata karşı bu şekilde dengelenmesi, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak 2. maddesinin 2. fıkrasınca yasaklanmıştır*."[50]

Ayrıca Federal hükümetin uçaktaki insanları hakkın nesnesi haline getirenin Devlet değil de uçağı kaçıran teröristler olduğu görüşü de doktrinde karşılık bulamamıştır[51]. Zira yukarıdaki mahkeme kararında da açıklandığı üzere Mahkeme, insanların kendi kaderini tayin hakkına sahip varlıklardan ziyade bir şeyin parçası olarak kavramsallaştırılmasına itiraz ederek bu argümanı reddetmiştir. Çünkü böyle bir

[45] Gerhard Beestermöller. 'Darf der Staat doch Unschuldige opfern? Taugt die Analogie mit der Wehrpflicht zur Rechtfertigung der Tötung Unschuldiger beim Flugzeugabschuss?' (2008) 26(1) Security and Peace, Themenschwerpunkt: Maritime Sicherheit 38, 42.

[46] Tom Bingham, *The Rule of Law*, (1st, Penguen Books 2011) 66-67.

[47] Corey Brettschneider, *A Substantive Conception of the Rule of Law: Non-Arbitrary Treatment and the Limits of Procedure* (1st, NYU Press 2011) 52.

[48] Sururi Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1, 21.

[49] Robin Geiß, 'Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3 BIS of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German "Luftsicherheitsgesetz"' (2005) 27(1) Michigan Journal of International Law 227, 236.

[50] Nina Naske ve Georg Nolte, '"Aerial Security Law." Case No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118', (2007) 101(2) The American Journal of International Law 466, 467.

[51] Stephen Brown Rory, 'Shooting Down Civilian Aircraft: Illegal, Immoral and Just Plane Stupid', (2007) 20(1) Revue Québécoise de droit international, 57, 101 vd.

yaklaşım insan onurunu hiçe saymak olacaktır. Nitekim olayın ulusal hukuk boyutu da incelendiğinde görülecektir ki "insan onuru" kavramı Alman Anayasası'nın sağladığı nihai hukuki korumadır[52]. Anayasa Mahkemesi kararıyla bağlantılı olarak doktrinde de insan yaşamının en yüksek anayasal değer olduğu ve olası süresi ne olursa olsun korunması gerektiği belirtilmiştir[53]. Giriş kısmında da açıklandığı üzere 11 Eylül sonrası insan hakları, yargı kararlarıyla biraz daha korunmaya çalışılmışsa da bazı yazarlar uyarınca "Mehteran Takımı" şeklinde iki ileri-bir geri gidilmiştir. Ayrıca benzer bir yaklaşıma karşı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 11 Eylül sonrasında insan haklarına karşı devletlerce alınan sert önlemlere uymaması da takdir edilmiştir[54]. Çünkü kararın burada "teröre karşı savaş" ve "bir sorgulama tekniği olarak işkence" temaları etrafında yürütülen çeşitli tartışmaların duygusal dalgalanmaları ve ideolojik politika duruşlarının Mahkeme'nin gerekçesini etkilemediği vurgulanmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bu kararında insan hayatının nicel bir sayı gibi karşılaştırılamayacağı üzerinde dururken salt silah olarak kullanılan insansız bir uçak söz konusu olduğunda bu uçağın havada askeri uçaklarla vurulabileceği gerçeğini göz ardı etmemiştir. Zira artan teknoloji ve nüfusla birlikte Mahkeme, dünyada terörizmin erişebileceği imkanları göz ardı etmemiştir. Hatta şüphesizce havada vurulabilecek uçaklar içerisinde sadece teröristlerle dolu ve salt olarak silah olarak kullanılan bir uçağı dahi saymıştır, ki bu tespit içinde bulunduğumuz yılla paralel bir yaklaşımdır. Zira salt olarak silah olarak kullanılan silahlar bakımından insansız hava araçları akıllara gelmektedir. Bilindiği üzere "drone" olarak da bilinen silahlı veya silahsız insansız hava araçları, muhaberelerde artan oranda kullanılmaktadır. Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise "kamikaze drone" olarak bilinen hava araçlarıdır. Bu araçlar, herhangi bir silah sistemleri olmasa da, kendilerini Kamikaze pilotları gibi belirli bir noktaya düşürüp büyük can/mal kaybına sebep olabilmektedirler. Mahkeme kararı bu nedenle içinde bulunduğumuz yıla paraleldir.

Dava sırasında yapılan savunmalar içerisinde Federal Meclis'in yapmış olduğu savunma ise hukuksal gerçeklikten oldukça uzaktır. Mahkeme kararının 48. paragrafından da görülebileceği üzere "Yoğun nüfuslu ve nispeten küçük Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasında sağlanan seçeneğin gerçekleşeceği gerçekte neredeyse düşünülemez" şeklindeki bir yaklaşım hayatın gerçekliğinden de uzaktır. Zira, böyle bir kanun geçirilmiş olsa da zaten böyle bir olayın gerçekleşme ihtimali çok düşük olduğu için insanların askeri uçaklarla vurulmasına cevaz veren Kanun'un Anayasaya uygun olduğunun iddia edilmesi hukuksal olarak çok isabetsizdir. Savunma

[52] Oliver Lepsius, 'Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act' (2006) 7(9) German Law Journal 761, 768.

[53] Youngs, R., 'Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data' (2008) 6(2) Oxford University Press 331, 333.

[54] Holger Kastler, 'BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz' (2006) 11(1) MRM – MenschenRechtsMagazin 95, 103.

sırasında sunulan bir başka isabetsiz argüman ise Federal Meclis'teki Yeşiller grubunca yapılmıştır. Buna göre Yeşiller grubu ek bir açıklamada, bir yolcu uçağının vurulmasına suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği gerekçesiyle Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddenin 3. fıkrasını kabul ettiğini belirtmiştir. Oysa Kanun'un lafzına bakıldığında içinde sadece teröristlerin olduğu uçağın vurulabileceği yönünde bir anlam çıkarılabileceği söylenemeyecektir. Çünkü iptali istenen madde uyarınca "suça iştirak etmemiş kişilerin öldürülmesiyle ilişkilendirilmesi halinde izin verilmeyeceği yönünde" bir anlam kesin olarak çıkarılamayacaktır. Benzer isabetsiz yaklaşım Federal Hükümet tarafından da yapılmıştır. Kararın 55. paragrafına bakıldığında, Hükümet'e göre "Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinde hasredilmiş katı ön koşullar, olayların akla gelebilecek tüm süreçleri dikkate alınarak, uçakta suça iştirak etmeyen kişilerin bulunduğu bir hava taşıtına karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını ortadan kaldırmaktadır". Oysa Havacılık Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesi tam olarak uçakta suça iştirak etmeyen kişilere karşı doğrudan silahlı kuvvet kullanımını meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Hükümet'in böyle bir sonuca nasıl ulaştığını kavramak zordur. Bunların dışında Hükümet tarafından savunulan en şoke edici argüman ise 56. paragrafta yer almaktadır. Buna göre "Hava trafiğine karşı güncel tehditler göz önüne alındığında, uçaktaki insanlar, hava trafiğini kullandıklarında kendilerini maruz bırakacakları tehlikenin bilincinde olmalıdırlar" şeklindeki bir yaklaşım korkunçtur. Hükümet'e göre, eğer bir kişi uçağa biniyorsa, o uçağın kaçırılma ihtimalini zımnen kabul etmiştir. Dolayısıyla eğer uçak kaçırılırsa ve uçak askeri uçaklar tarafından havada vurulursa yolcuların buna itiraz etme hakları olmamalıdır. Çünkü Hükümet'e göre bilet alıp uçağa adım attıkları anda öldürülebilmelerine izin vermektedirler. Anayasasının ilk maddesinin "insan onurunun dokunulmazlığı" olan bir devletin hükümetinin böyle bir argüman üretmesi başka yazarlar tarafından da şoke edici bulunmuştur[55]. Zira, bu karardan da çıkarılabileceği gibi terörizmle mücadele ile insan hakları birbirlerinin alternatifi veya zıt kutupları değildirler. Bir diğer deyişle, terörle mücadele etmek için insan haklarını minimize etmek gerekmemektedir. Olması gereken husus terörle mücadele ederken, insan haklarına normalden daha fazla ehemmiyet gösterilmesidir. Çünkü bu ehemmiyet gösterilmediği takdirde terör örgütleri, insan haklarının ihlal edildiği kisvesi altında örgütlerine sempatizan ve militan toplayabilmektedirler. Bu nedenle böyle bir argümana imkan verilmemesi için insan haklarına saygı ve riayet zor zamanlarda daha da öne çıkmaktadır. Masum insanlarla dolu uçağın havada vurulması terörle mücadelede bir artı değer sağlamayacağı gibi insanların hukuk devletine olan güvenlerini zedeleyecektir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararını incelerken dikkate değer bir husus ise Mahkeme'nin davanın görülmesi sırasında sunulan görüşlerin zenginliğidir. Bilindiği üzere Türkiye'de Norm denetimleri bakımından İtiraz ve İptal davaları açılabilmektedir.

[55] Fazıl Sağlam, 'Hukuk Devleti ve Terör' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 291, 297.

İptal davası, iptali istenen normların Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra belirli bir süre içerisinde ve belirli kişiler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya açılabilmektedir[56]. İptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi, taleple bağlı kalarak, iptali istenen normun şekil ve esas yönünden Anayasaya uygunluğu denetlemektedir. 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 39. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca herhangi bir iptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi esasın incelenmesine karar verirse, dava dilekçesi ile ekleri TBMM Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilirler. Görüldüğü üzere T.C. Anayasa Mahkemesi de, her ne kadar Almanya sisteminde olduğu gibi direkt olarak bireysel başvuru yolu ile norma karşı dava açılamasa da, görülmekte olan bir iptal davasında meclisteki farklı grupları olan siyasi partilerin söz konusu normun hayata geçirilmesi sırasında yaptığı tartışmaların ve bu tartışmaları çerçevesindeki motivasyonlarına yer vermektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararından ders alınabilecek diğer husus ise söz konusu davanın konusu bir uçağın havada vurul(a)bilmesi olduğu için görüşleri alınan sivil toplum kuruluşlarının konuyla yıllardır ilgili ve çalışan kişilerin bulunduğu kuruluşlar olmalarıdır. Bu nedenle bir uçağın içinde o anda neler olup bittiği konusunda Pilotlar Birliği ve Bağımsız Uçuş Refakatçileri Örgütü'nün yazılı görüşlerini sunmaları Mahkeme'nin kararına ulaşırken yardımcı olmuştur. Sonuç olarak bu tarz görüşler alınması, Anayasa Mahkemesi üyelerinden bir uçağın işleyişi gibi uzmanlık gerektiren teknik konuları bilmeleri beklenemeyeceğinden, şüphesiz ki Mahkeme yargıçlarının kararına ulaşmasında yardımcı olacaktır. Ancak vurgulamak gerekir ki, Türkiye'de sivil toplum kuruluşları da dava süreçlerine müdahil olabilmektedirler. Bu konu bakımından örnek vermeden önce Latince çevirisiyle *Amicus curiae* kurumuna kısa bir değinmek gerekmektedir. Bu terim, dava konusu ihtilaf bakımından hukukla ya da gerçekle ilgili bilgi vermek ya da tavsiyede bulunmak amacıyla mahkemeye yardımcı olan kişiler açısından belirtilir. Bu kişiler davada herhangi bir taraf değildirler. Bu nedenle davanın sonucundan doğrudan çıkarı olan veya etkilenecek olan ve bu nedenle duruşmaya katılmasına izin verilen müdahilden farklıdır. Bu konuda T.C. Anayasa Mahkemesi tarafından görülmekte olan bir iptal davasında T.C. Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştireceği anayasaya uygunluk denetimine teknik bakımdan katkı sunmak amacıyla Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (Anayasa-Der) ve Türk Ceza Hukuku Derneği (TCHD), birlikte hazırladıkları *amicus curiae* raporunu Mahkeme'ye sunduklarını açıklamışlardır. 25 Mayıs 2015 tarihinde T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan'a sunulan rapor, Türkiye'nin anayasa yargısı tarihinde bir ilk olma özelliği taşımaktadır[57]. Çünkü söz konusu *amicus curiae*, T.C. Anayasa Mahkemesi

[56] Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 1163.

[57] Erkan Duymaz, 'Mahkeme'nin Dostlarından "İç Güvenlik Yasası" Uyarısı: Anayasa Mahkemesi'ne Sunulan İlk Amıcus Curıae Raporu Kabul Edildi' (2015) 4(8) Anayasa Hukuku Dergisi 307, 308.

tarafından görülmekte olan bir iptal davası bakımından 2015 yılında bir ilktir. Ancak bilindiği üzere Türk Anayasa yargısı sisteminde halen Alman bireysel başvuru usulündeki gibi bir norma karşı dava açılamamaktadır. Ancak itiraz usulü şeklinde olabilmekte, o da ayrı şartlara tabidir.

## Sonuç

Görüldüğü üzere Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararında üzerinde durduğu husus, insan hayatlarının karşılaştırılamazlığıdır. Zira eğer ortada %1'lik gibi bir ihtimal dahi varsa insan hayatı riske atılamaz ve nicel olarak karşılaştırılamaz. Benzer tartışmalar yıllardır demiryolu makasçısı ikileminde de karşımıza çıkmıştır. Buna göre freni tutmayan bir vagon hızla gelmektedir. Söz konusu vagonun gittiği yolda beş adet demiryolu işçisi çalışmaktadır ve kaçmak için vakitleri yoktur. Ancak demiryolu makasçısı durumu fark edip makası çevirirse sadece bir işçinin çalıştığı tarafa çevirmektedir. Demiryolu makasçısı çok basit bir matematikle beş kişinin ölmesindense bir kişinin ölmesini tercih etmiştir. Demiryolu makasçısının cezai sorumluluğu bir yere bırakıldığında tartışılacak konu "etik"tir. Zira beş kişinin hayatı bir kişinin hayatından büyük müdür? Bu soruya genelde "evet" cevabı verilmektedir. Akabinde sorulan soru ise şu olacaktır; peki o bir kişi kanser aşısını bulacak Nobel ödüllü bir doktorsa? O zaman cevap değişmekte ve o bilim insanının hayatı diğer beş kişiden daha önemli olmakta ve demiryolu makasçısı makası çevirmemektedir. İkilem ise tam olarak burada başlamaktadır. İlk soruya cevap verirken bu kişilerin geçmişi, eğitimi, dünya sahnesindeki rolleri düşünülmemektedir. Direkt olarak bu kişiler nesne konumuna indirgenmiş, birer insan oldukları unutulmuş ve birer "sayı"ya dönüşmüşlerdir. Bu durumun insan hakları ve terörle mücadele kavramları etrafında açıklanmasına çalışılmıştır. Söz konusu kavramların birbirlerinin alternatiflerinin olmadıkları, terörle mücadelenin insan haklarına riayet ederek daha doğru bir şekilde yürütüleceği vurgulanmıştır. Bu çalışmadaki mahkeme kararında üzerinde durulan husus da budur. Terörle hukuk sınırları içerisinde meşru olarak mücadele ederken devletlerin dikkate alacakları hususlar da "etik" ilkeleri çerçevesinde hem Alman Federal Mahkemesi kararında hem de müteakip analizde değerlendirilmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

## Bibliography

Aktaş S, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1-32.

Beestermöller G, 'Darf der Staat doch Unschuldige opfern? Taugt die Analogie mit der Wehrpflicht zur Rechtfertigung der Tötung Unschuldiger beim Flugzeugabschuss?' 26(1) Security and Peace, Themenschwerpunkt: Maritime Sicherheit 38-43.

Bingham T, *The Rule of Law*, (Penguen Books 2011).

Brettschneider C, *A Substantive Conception of the Rule of Law: Non-Arbitrary Treatment and the Limits of Procedure* (NYU Press 2011).

Cesare B, *An Essay on Crimes and Punishments by the Marquıs Beccaria of Milan with a Commentary*, (1st, W.O. Little & Co 1872).

Council of the EU, European Security Strategy Paper (2003), <https://www.consilium.europa.eu/media/30823/qc7809568enc.pdf > Date of Access 9 June 2023.

Duymaz E, 'Mahkeme'nin Dostlarından "İç Güvenlik Yasası" Uyarısı: Anayasa Mahkemesi'ne Sunulan İlk Amıcus Curıae Raporu Kabul Edildi' (2015) 4(8) Anayasa Hukuku Dergisi 307-314.

Eren A, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020).

Geiß R, 'Civil Aircraft as Weapons of Large-Scale Destruction: Countermeasures, Article 3BIS of the Chicago Convention, and the Newly Adopted German "Luftsicherheitsgesetz"" (2005) 27(1) Michigan Journal of International Law 227-256.

Hoffman Bruce, 'The Logic Of Suicide Terrorism' (2003) (3) The Atlantic Monthly <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2003/06/the-logic-of-suicide-terrorism/302739/> Date of Access 29 July 2023.

Holger AK, 'BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz' (2006) 11(1) MRM – MenschenRechtsMagazin 95-103.

Lepsius O, 'Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act' (2006) 7(9) German Law Journal 761-776.

Miguel Beltrán De Felipe and José María Rodríguez De Santiago, 'Shooting Down Hijacked Airplanes? Sorry, We're Humanists. A Comment on the German Constitutional Court Decision of 2.15.2006, Regarding the Luftsicherheitsgesetz (2005 Air Security Act)' (2007) Bepress Legal Series <https://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=9355&context=expresso> Date of Access 25 September 2023.

Müller LF, 'Identifying German Legal Approaches to Terror—How the Constitution Shapes Legislation Allowing the Shooting Down of a Hijacked Plane' (2019) 19(1) German Law Journal 113-136.

Naske N and Nolte G, '"Aerial Security Law." Case No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118', (2007) 101(2) The American Journal of International Law 466-471.

Öztaş C, 'The March of the Mehteran Rethinking the Human Rights Critiques of Counter-Terrorism', (2011) 7(2) Utrecht Law Review 180-191.

Rory SB, (2007). 'Shooting Down Civilian Aircraft: Illegal, Immoral and Just Plane Stupid', (2007) 20(1) Revue Québécoise de droit international 57-106.

Sağlam F, 'Hukuk Devleti ve Terör' (2007) 62(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 291-317.

Turan S ve Özkural Köroğlu N, *Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar* (1. Bası, Dora 2015).

Youngs R, 'Germany: Shooting Down Aircraft and Analyzing Computer Data' (2008) 6(2) Oxford University Press 331-348.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (4), 1271-1287

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 28.12.2022
**Revizyon Talebi:** 02.01.2023
**Son Revizyon Tarihi:** 29.04.2024
**Kabul:** 24.11.2024

**ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE**

# Evrelerden Dönülmezlik İlkesi

**Ercan Yaşar***

**Öz**

Ceza muhakemesinde evreler denildiğinde soruşturma ve kovuşturma evreleri akla gelmektedir. Mevcut 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda doğrudan anılmasa da ara muhakeme evresinin olduğu da kabul görmektedir. Kısıtlı bir süre ile iddianamenin iadesine imkân tanıyan bu evre mevzu hukukumuz açısından halen soruşturma evresi sayıldığından çalışma konumuz açısından önem arz etmemektedir. Zira evrelerden dönülmezlikten bahsedildiğinde, kastedilen münhasıran kovuşturma evresinden soruşturma evresine dönülmezliktir. Ara muhakeme evresi de soruşturma evresinden sayıldığından kovuşturma evresinden ara muhakeme evresine dönülemeyeceğini ise dolaylı olarak söyleyebilmekteyiz. Kanun koyucu ayrı bir evre nitelemesi yapmadığından evrelerden dönülmezlik ilkesi anlamında bir engel bulunmazsa da ara muhakeme evresinde mahkemeden bağımsız olarak savcının ilgili iddianameyi geri çekip çekemeyeceği açık değildir; daha doğru bir ifade ile mevzuatta öngörülmediğinden mümkün görünmemektedir. Gerçekten kovuşturma evresinin başlamasıyla birlikte savcının etkin olduğu evre sona ermiş olmakta ve süreci yürütme ve yönetme işi mahkemeye geçmektedir. Ancak muhakeme şartlarının eksikliği yahut muhakeme engellerinin ortaya çıkması kimi hallerde soruşturma evresine dönülmesini yahut durma kararı verilerek ilgili eksikliklerin mahkeme dışı makamlarca giderilmesini gerektirebilmektedir. Bu sebeple kimi ülke uygulamalarında soruşturma evresine dönüş duruşma devresi ve veya sonrasında mümkün kılınmıştır. Bizde ise bu konuya cevaz veren bir düzenleme bulunmadığı için bize göre telafisi kovuşturma evresinde mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Keza Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihte seri muhakeme usulüne ilişkin olarak verdiği iptal kararı da soruşturma evresine dönüşü zorunlu kılmaktadır. Bu ve benzeri hallerde ortaya çıkabilecek haksızlıkları (adil yargılanma bağlamındaki sorunları) giderme adına soruşturma evresine dönülmesinin mümkün olması gerektiğini mukayeseli hukuk çerçevesinde açıklamaya çalışarak mevzuatımızda değişiklik önerisinde bulunma adına bu çalışmayı ele almış bulunmaktayız.

**Anahtar Kelimeler**

Safhalardan Geri Dönülmezlik, Evrelerden Geri Dönülmezlik, Evrelerden Dönülmezlik, Evreler Arası Dönülmezlik İlkesi, Immutabilitätsprinzip (Değişmezlik İlkesi)

## The Principle of the Irrevocability of Phases

**Abstract**

Regarding the phases/stages in criminal procedure, investigation and the main trial stages come to mind. Although it is not directly mentioned in the current Code of Criminal Procedure (with code no. 5271), there is an intermediate trial phase. This phase, which allows the return of the indictment with a limited period of time, is not important for our study because it is still considered as the investigation phase in terms of our current law. Because when the irrevocability of the stages is mentioned, what is meant exclusively is the irreversibility from the main trial phase to the investigation phase. Since the intermediate trial phase is also counted as the investigation phase, we can indirectly say that it is not possible to return to the intermediate trial phase from the main trial phase. Since the legislator does not qualify a separate phase, although there is no obstacle in terms of the principle of irrevocability from phases, it is not clear whether the prosecutor can withdraw the indictment independently of the court during the intermediate trial phase; to put it more accurately, it

* **Sorumlu Yazar:** Ercan Yaşar (Doç. Dr)., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye. E-posta. ercanyasar279@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9076-6795

**Atıf:** Yasar E, "Evrelerden Dönülmezlik İlkesi " (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1271. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

does not seem possible since it is not foreseen in the legislation. Indeed, with the start of the main trial phase, the phase in which the prosecutor effectively acts, comes to an end, and the task of executing and managing the process passes to the court. However, in some cases, the lack of judgement conditions or the emergence of obstacles to judgement may require returning to the investigation phase or making a decision to stop and correcting the relevant deficiencies by out-of-court authorities. For this reason, in some country practises, it is possible to return to the investigation phase during and/or after the main hearing period. Because we do not have a regulation that allows this issue, in our opinion, irreparable results emerge in the main trial phase. Likewise, the recent annulment decision of the Constitutional Court regarding the accelerated proceeding also necessitates a return to the investigation phase. We have discussed this study in order to propose changes in our legislation by trying to explain within the framework of comparative law that it should be possible to return to the investigation phase in order to eliminate the injustices (problems in the context of a fair trial) that may arise in these and similar cases.

**Keywords**
Irrevocability of Phases, Irreversibility of Stages, Stages Irrevocability, Irrevocability Between Stages, Immutability Principle

## ***Extended Summary***

The existence of the principle of irrevocability of phases is almost uniformly accepted by the doctrine and the law practise, but it is not directly mentioned in the Turkish Criminal Procedure Code or in other relevant laws. Although the principle is not directly included in the legislation, there are various regulations that indirectly indicate its existence. At the beginning of these regulations, comes Article 174 of TCPC. According to this article, an indictment that has not been returned within 15 days of its delivery will be considered accepted. According to Article 175 of TCPC, as soon as the indictment has been accepted, the investigation phase ends and the main trial phase (phase of prosecution) starts. Once the main trial phase starts, there is no return to the phase of investigation. The doctrine and practise generally accept that after passing of these 15 days, the return of the indictment is no longer allowed. Because the passing of these 15 days removes the authority, which has been given to the court, to return the indictment. The same conclusion can be reached from article 267 and following articles of TCPC. Because these articles give the opportunity to reconsider the decision which has been made by the court. But even in those cases, there is no return to the investigation phase. This means indirectly that there is no response from the main trial phase to the investigation phase. Generally accepted, there are two phases in criminal procedure; namely, phase of investigation and the phase of the main trial. Although it is not directly mentioned in the current Turkish Criminal Procedure Code, there is an intermediate trial phase. This phase, which allows the return of the indictment with a limited period of time, is not important for our study because it is still considered as the investigation phase in terms of our current law. Because when the irrevocability of the phases is mentioned, what is meant exclusively is the irreversibility from the main trial phase to the investigation phase. Since the intermediate trial phase is also counted as a part of the investigation phase, we can indirectly say that it is not possible to return from the main trial phase

to the intermediate trial phase. Since the legislator does not qualify a separate phase, although there is no obstacle in terms of the principle of irrevocability from phases, it is not clear whether the prosecutor can withdraw the indictment independently of the court during the intermediate trial phase; to put it more accurately, it does not seem possible since it is not foreseen in the legislation. For this reason, although it has no place in the legislation, it is rightly defended in our doctrine that the prosecutor's office should be given such a withdrawal authority. Indeed, with the start of the main trial phase, the phase in which the prosecutor is the emperor comes to an end, and the task of executing and managing the process passes to the court. Thus, when the main trial phase is initiated, the obligation of the court to perform and terminate the process starts. However, in some cases, the lack of prosecution conditions or the emergence of obstacles to judgement may require returning to the investigation phase or making a decision to stop and correcting the relevant deficiencies by out-of-court authorities. For this reason, in some country practises, it is possible to return to the investigation phase during and/or after the main hearing period. The recent annulment decision of the Constitutional Court regarding the accelerated proceeding also necessitates a return to the investigation phase. This study aims to explain within the framework of comparative law that it should be possible to return to the investigation phase in order to eliminate the injustices (problems in the context of a fair trial) that may arise in these and similar cases.

## I. Giriş

Evrelerden geri dönülmezlik ilkesi[1], varlığı öğreti ve uygulama tarafından neredeyse yeknesak şekilde kabul edilen ancak 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve veya ilgili diğer mevzuatta doğrudan yer verilmeyen bir ilkedir. İlkenin doğrudan mevzuatta yer almamasına rağmen dolaylı olarak varlığına delalet eden çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında CMK m 174 düzenlemesi gelmektedir. Bu maddeye göre en geç 15 gün içinde iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılacak ve kamu davası açılmış olacaktır. Öğreti ve uygulama bu düzenlemeyi ekseriyetle 15 günün sonunda iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı ve artık iade edilemeyeceği şeklinde kabul etmektedir.[2] Bu süre mahkemeye iade imkânı tanıyan bir süredir. İlgili sürenin geçmesinden sonra iddianamenin iadesi kural olarak mümkün değildir.[3] İadenin mümkün olmaması, ilgili süreyi hak düşürücü sürelere yakınlaştırmakta ve iade yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Bu ise şu anlama gelmektedir: Bir kez kovuşturma evresine geçildikten sonra soruşturma evresine dönüş mümkün değildir.

Bu konuda evrelerden dönülmezlik ilkesini dolaylı olarak teyit eden maddeler grubu ise CMK m 260 ve devamı hükümlerinde düzenlenen olağan ve olağanüstü kanun yollarıdır. Gerçekten de soruşturma evresi tamamlanıp, kovuşturma evresine geçilmiş bir dosyada olağan kanun yolları yahut olağanüstü kanun yolları devreye girse bile ilgili dosyayı yeniden soruşturma evresine döndürememektedir. Zira bu hallerde dahi ilgili dosya en iyi ihtimalle kovuşturma evresinin başına döndürülmekte ve tabiri caiz ise kovuşturma evresine yeniden başlanmaktadır. Ancak bu hallerde de dosyanın soruşturma evresine aktarımı mümkün olmamaktadır.

Benzer bir durum Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 156. maddesinde İddianamenin Geri Alınması [Anklagerückname = (Kamu Davasının) Davanın Geri Alınması] başlığı altında dolaylı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre "kamu davası, kovuşturma evresinin açılmasından sonra geri alınamaz". Yukarıda belirttiğimiz üzere ülke mevzuatımızda bu şekilde kovuşturma evresindeki davanın/iddianamenin geri çekilmesini yasaklayan doğrudan bir

---

[1] Evrelerden dönülmezlik ilkesi öğreti ve uygulamada evrelerden geri dönülmezlik, safhalardan geri dönülmezlik, evreler arası dönülmezlik gibi çeşitli şekillerde aktarılmaktadır. Alman eserlerinde ve uygulamasında iddianamenin geri alınması (Rücknahme der Anklage) şeklinde yahut değişmezlik/dönülmezlik ilkesi (Immutabilitaetsprinzip) şeklinde adlandırılmaktadır; belirtmek gerekir ki anılan bu Immutabilitätsgrundsatz aslında mahkemenin iddianame konusu yapılan fiille bağlı kalması ve iddianameyi genişletememesi, bu sebeple değiştirememesi ile ilgilidir. Ancak dolaylı olarak evrelerden dönülmezlik ilkesi ile ilgili olduğundan öğretide bu şekilde isimlendirilmektedir. Bkz Michael Heghmanns, *Strafverfahren* (Springer, 2014) Rn. 677; Hans Wiprächtiger, *Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung*, (Hrsg. Marianne Heer, Stämpfli Verlag, 2010) 85.

[2] Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2022) 134; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2022) 737; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem, Sırma Gezer, F. Yasemin Saygılar Kırıt, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin & M Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin, 2022) 630; Yargıtay 4 CD, 22.12.2021, 35253/29885; Yargıtay 11 CD, 22.11.2021, 37448/10455.

[3] Tosun, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: Kamu hukukunda yetkiler istisnadır, bunların gösterilmemiş olması kabul edilmediklerini gösterir; ayrıca kabul edilmediklerinin belirtilmesine gerek yoktur. Bkz Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım* (4. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri 1984) 198.

düzenleme bulunmamakla birlikte, mevzuattaki iddianamenin iadesine ilişkin yetki düşürücü süre, kanun yollarında dosyanın en iyi ihtimalle kovuşturma evresinin başına çekilebilmesi (daha geriye, soruşturma evresine gönderilememesi) gibi aksi yöndeki düzenlemeler ışığında uygulama ve öğretide evreler arası geçişin olmadığı kabul edilmektedir.[4] İddianame kabul edilmeden yahut kabul edilmiş sayılmadan kovuşturma evresine 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemeleri gereği geçilmiş olmadığından iddianamenin iadesi sürecinde kovuşturma evresinden dönülüp soruşturma evresine geçildiği söylenemez. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 156. maddesinde de Hauptverfahren (ana muhakeme/kovuşturma) kavramı kullanılmış olup bizdeki (öğretide varlığı kabul edilen) ara muhakeme evresine tekabül eden *Zwischenverfahren* evresinde iddianamenin iadesinin önü açık tutulmuştur.[5] Alman mevzuatında ve öğretisinde iddianamenin mahkemeye sunulmasından sonra mahkemenin ilgili iddianameyi kabul veya iade kararı vermeden önce ilgili iddianameyi taraflara (şüpheliye) tebliğ etmesi ve belli bir süre içinde cevap ver(me)mesi neticesinden sonra kararını vermesi gerektiği düzenleme altına alındığı ve savunulduğu gibi[6] Türk öğretisinde mevcut haliyle kişinin bir şekilde haberdar olduktan sonra mahkemeye vereceği bir dilekçe ile ilgili iade konusunda beyanda bulunabileceği savunulmaktadır.[7] Benzer düzenlemenin 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 1985 değişikliği öncesinde de olduğu görülmektedir.[8] Doğrudan evrelerden dönülmezlik ile ilgili olmazsa da burada dosyaların kovuşturma evresine geçilmeden önce bir kez daha gözden geçirilmesine imkan tanıması ve silahların eşitliği ilkesinin tesisi yönüyle sonraki (d)evrelerde muhtemel iadelerin/dönüşlerin sayısını azaltıcı etki gösterebilir. Bu sebeple kovuşturma evresine geçmeden ve iddianame kabul edilmeden önce şüphelinin süreçten haberdar edilmesi ve beyanlarını iletmesine imkân tanımanın makul sürede yargılamayı etkilemeyecek süre ile sınırlı şekilde tanınması gerektiğini biz de düşünmekteyiz.[9]

Evrelerden dönülmezlik ilkesi mevcut 5271. s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemeleri ışığında bu şekilde mutlak kabul edildiğinde soruşturma evresinde

[4] Öğreti için bkz Yenisey/Nuhoğlu (n 2) 605; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020) 20; A. Batuhan Baytaz, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 8(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 1, 22; İddianamenin iadesi kurumu ve diğer ülke mevzuatlarıyla mukayese için bkz Esra Alan Akcan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi Kurumu' (2016) 15(2), İKÜHFD, 173, 174 vd; Uygulama için bkz Yargıtay 12 CD, 30.09.2021, 2256/6462; Yargıtay 6 CD, 04.11.2021, 21693/17151; Yargıtay 6 CD, 21.12.2021, 6134/19933; Yargıtay 6 CD, 28.1.2021, 3713/1124.

[5] Aynı yönde Heghmanns (n 1) Rn. 677.

[6] Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 201. maddesi bu şekilde bir düzenleme içermektedir. Aynı yönde Martin Heger ve Erol Pohlreich, *Strafprozessrecht* (2. Aufl., Kohlhammer 2018), S. 128, Rn. 342.

[7] Türk öğretisine ilişkin görüş için bkz Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet 2022) 548; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku* (TBB Yayınları, 2006) 299 vd <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla_cmk.pdf> Erişim tarihi 8 Eylül 2022; Fahri Gökçen Taner, *Çelişme ve Silahların Eşitliği* (2. Baskı, Seçkin 2021) 251 ayrıca bkz 283; Ahu Karakurt, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi' (2009) 82 TBB Dergisi 1, 27.

[8] İlgili CMUK m 194 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1973) 92; Taner (n 7) 284.

[9] Aynı yönde Centel/Zafer (n 4) 630; Taner (n 7) 284.

yapılması gereken ve bir şekilde yapılmamış olan ve kovuşturma evresine geçilmiş olan dosyalarda ilgili eksikliğin giderilmesi kovuşturma evresi içinde gerçekleştirilmektedir. Nitekim uygulamada muhakeme engelinin mevcudiyeti halinde kovuşturma evresinde mahkemenin ilgili engeli bizzat kaldırdığı yahut durma kararı verip gereği için başsavcılığa yazı yazdığı bilinmektedir; bu şekilde bir süreç işletimi safhalardan dönülmezlik ilkesi olarak da anılan bu ilkeye halel getirmeden ilgili muhakeme engelinin kaldırılmasına aracılık edebilmektedir ve gelen neticeye bağlı olarak mahkeme muhakemeye devam etmekte yahut engelin kalkmaması gerekçesiyle düşme kararı vermektedir.[10] Ancak bu durumda dosya evre olarak kovuşturma evresinden soruşturma evresine iade edilmiş olmamaktadır. Zira verilen hüküm türü kovuşturma evresinin hüküm türlerinden biri olan düşme hükmüdür; bu sebeple evrelerden dönülmezlik ilkesini ihlal etmemekte ve bu halde soruşturma evresine dönüşü de zaruri kılmamaktadır. Fakat zaruretin olmadığı durumlar her zaman vaki değildir: Uzun süre önödeme kurumunun kovuşturma evresinde mümkün olmaması bağlamında tartışma konusu olan evrelerden dönülmezlik ilkesi, seri muhakeme usulü bağlamında bilhassa Anayasa Mahkemesi'nin 2022 yılında vermiş olduğu *iptal kararı11* ile birlikte yeniden tartışmaya açılmıştır.[12] Günümüz yargı uygulamasında, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası evrelerden dönülmezlik ilkesinin şu şekilde dolanıldığı gözlemlenmektedir: Dosyaya bakan ilk derece mahkemesi ilgili dosyayı ara karar vermek suretiyle gereği için Cumhuriyet başsavcılığına göndermekte, savcılıktan gelecek geri bildirimi beklemek üzere durma kararı vermektedir. Ara karar ile gereği için gönderilen dosyada savcılık seri muhakeme usulünü işletmekte ve talepname ile başka (küçük yerlerde aynı) mahkemeden talepname doğrultusunda karar vermesini istemektedir. Mahkeme ilgili usulü devam ettirmekte ve dosyayı hükme bağlamakta; bunun üzerine savcılık ilgili dosyada seri muhakeme usulünün uygulandığını ve talepnamenin hükme (yahut HAGB kararına) bağlandığını kendisine dosyayı seri muhakeme işlemleri için göndermiş olan ilk derece mahkemesine bir yazı ile iletmektedir. Dosyada durma kararı vermiş olan mahkeme savcılıktan gelen bu yazı üzerine durma kararını kaldırmakta, ilgili dosyaya konu fiilin daha önce hükme bağlandığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermektedir.[13] Uygulamanın bulduğu bu yol evrelerden dönülmezlik ilkesinin etrafından dolanmak suretiyle ihlal edilmesi ve eş zamanlı iki soruşturma sürecinin yürütülmesi anlamına gelmektedir. Ceza muhakemesine hâkim ilkelerin ihlalinin önüne geçme adına konunun kanun koyucu tarafından çözülmesi gerekmektedir. Çalışmamızın devamında gerekçelendirdiğimiz üzere, Cumhuriyet savcısının davayı/iddianameyi (re'sen, mahkemenin talebi yahut ilgililerin talebi

[10] Yargıtay 6 CD, 04.11.2021, 21693/17151; Baytaz (n 4) 23.

[11] Karar için bkz AYM, E.2020/87, K.2022/44, 21/04/2022, § 30 vd.

[12] Önödeme bağlamındaki sorun için bkz Ünver/Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, (TBB Yayınları, 2006) 298 vd; Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Cilt, 7. Baskı, Adalet 2013) 37.

[13] Öğretide bu halde düşme kararının verilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz Burak Taş, 'Caza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı ve İlk Duruşma', (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi HFD, 287, 306.

üzerine) geri çekmesini yahut bu halde mahkemenin iddianameyi iade etmesini mümkün kılan bir kanun düzenlemesi işbu sorunu seri muhakeme ve diğer bazı sınırlı hallerde ortaya çıkan bu önceki evreye geri dönme zaruretleri için çözmüş olacaktır.

## II. Mukayeseli Hukukta Durum

Türk hukukuna ilişkin tespit ve değerlendirmelere geçmeden önce mukayeseli hukukta bu ilkenin mevcut olup olmadığı, mevcut ise istisnai hallerde soruşturma evresine dönüşe müsaade edilip etmediği hususunu ele almak istiyoruz. Türk hukukunda mutlak şekliyle uygulanan ve bu sebeple soruşturma evresine bir daha dönülmesinin önünü kapatan evrelerden dönülmezlik ilkesi, ele aldığımız birçok ülke uygulamasında ise görece daha esnek şekilde uygulanmaktadır. Misal, Alman CMK m 156. düzenlemesinde yer verilen "kamu davası, kovuşturma evresinin açılmasından sonra geri alınamaz" şeklindeki ilkeden birçok istisnai halde vazgeçildiği ve iddianamenin savcı tarafından geri çekilerek sürecin yeniden soruşturma evresine taşındığı görülmektedir.[14] Kovuşturma evresinden tekrardan soruşturma evresine geçilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin başında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153c/4, 153d/2, 153f/3 düzenlemeleri gelmektedir.[15] Alman mevzuatında yer verilen ve savcının iddianamesini geri çekme imkanı tanıyan bu düzenlemelerin aslında savcıya tanınan takdirilik ilkesinin (Opportunitätsprinzip) kovuşturma evresindeki yansıması olduğu belirtilmektedir.[16] Alman düzenlemelerine bakıldığında birçok düzenlemenin hakikaten bu ilkeye hizmet ettiği görülmektedir.

Keza İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 329. maddesinde iddianamenin iadesi benzeri bir düzenlemeye yer verilmiştir. Alman hukukundan farklı yönü, burada iddianamenin savcı tarafından geri çekilmesi değil mahkeme tarafından iadesi söz konusudur. Ancak iade gerektiren sebeplerin muhakemeye başladıktan sonra ortaya çıkması ve durma kararı verilmesi yoluyla kovuşturma evresinde giderilemeyecek bir durumun ortaya çıkması halinde mahkemenin iddianameyi eksikliklerin giderimi yahut düzeltilmesi için savcılığa iade edebileceği belirtilmiştir.[17] Burada evrelerden dönülmezlik ilkesinin fazlasıyla esnetildiği ve sonradan ortaya çıkan hususların soruşturma evresine geri dönülmesini gerektirmesi halinde mahkemenin iddianameyi iade edebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu maddenin muhakeme sürecinde mevzuatımızda seri muhakeme usulü olarak nitelendirilen Strafbefehlsverfahren

---

[14] Ulrich Berz ve Michael Burmann, *Handbuch des Straßenverkehrsrechts, Band II*, (Werkstand 44. Ergänzungslieferung, Hrsg. Michael Burmann & Reiner Heß, Bearbeiter: Schneider, C.H. Beck, München, 2021) S. 61, Rn. 227.

[15] Heghmanns (n 1) Rn. 173; Alman CMK m 206a çerçevesinde belirtilen muhakeme engellerinden birinin de savcının iddianameyi geri çekmesi/alması hali olduğu ve bu halde muhakemenin tüm safhalarında, hatta temyiz ve yargılamanın yenilemesi yolunda bu geri çekmenin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz Urs Kindhäuser & Kay H. Schumann, *Strafprozessrecht* (5. Aufl., Nomos 2019), § 16, Rn. 12; Keza savcının iddianameyi (kamu davasını) geri çektiği hallerde muhakeme masraflarının kimin üstüne bırakılacağı da aynı kanunun 467a maddesinde düzenlenmiştir. Aynı yönde Uwe Hellmann, *Strafprozessrecht* (2. Aufl., Springer 2006), Rn. 828.

[16] Dirk Clausmeier*, Die Einstellung von Verfahren mit Auslandsberührung durch die Staatsanwaltschaft*, (BWV, 2016) 23.

[17] Andreas Donatsch, Christian Schwarzenegger & Wolfgang Wohlers, *Strafprozessrecht* (Schulthess 2014) 285.

kurumunun savcılık tarafından uygulanması gerekirken gözden kaçtığı yahut bilerek uygulamadığı hallerde devreye gireceği ve mahkemenin seri muhakeme usulünün uygulanması (Strafbefehlsverfahren) için (bu talimatla) iddianameyi savcılığa iade edeceği genel kabul görmektedir.[18] Bu durum savcılık tarafından giderilebilir bir eksiklik olarak addedilmekte ve savcılığın artık yeniden iddianame düzenlemeyeceği aksine seri muhakeme usulüne uygun talepname düzenleyeceği kabul edilmektedir.[19] Mahkemenin seri muhakeme usulü uygulanması tespiti/önerisi/talimatı ile iade ettiği iddianame savcılık tarafından yeniden düzenlenir ve mahkemeye sunulursa mahkemenin bu halde İsviçre CMK m 329/4 uyarınca düşme kararı vererek muhakemeyi sonlandıracağı (Einstellung des Verfahrens) öğretide savunulmaktadır.[20] Biz bu görüşü sorunlu bulmakta ve bu görüşe katılmamaktayız. Bu halde savcılığa talepname düzenlemek dışında bir imkânın tanınmaması gerektiği savunulabilir; yahut hususun yeniden iade suretiyle giderilmeye çalışılması gerektiği ileri sürülebilir. İkinci halde savcılık yeniden iddianame düzenler ve gönderirse durum içinden çıkılmaz hal alabilecektir. Öğreti bu kaygıyla olsa gerek, mahkemeye düşme hükmü verme imkânı tanımaktadır; başka bir ifadeyle öğreti, bu halde mahkemeye muhakemeyi esasa girmeden sonlandırma (Einstellung des Verfahrens) yolunu açarak çözüm bulmaya çalışmaktadır.

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır: Anılan kanunun 210. maddesinin 2. fıkrasında iddianamenin yetkili mahkemeye verilmesiyle birlikte (bizdeki gibi kabul yahut belli bir süre geçmesi şartı öngörülmemiş) kovuşturma evresinin (Hauptverfahren) başlamış olduğu kabul edilmektedir; 213. maddeye göre sanığa tebliğ edilen iddianameye karşı itiraz yoluna 14 günlük süre içinde başvurulduğunda, yetkili merci 215. maddenin 3. fıkrasındaki hususlar söz konusu ise iddianameyi iade eder, ilgili fıkraya göre bu halde kovuşturma evresi sonlandırılmış olmakta ve soruşturma evresi yeniden açılmış olmaktadır.[21] İşbu düzenleme şunu göstermektedir: Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda evrelerden dönülmezlik ilkesinden, belirtilen koşullar altında dönülmesi mümkündür. Sanığa tanınan bu sürelerin sonunda kovuşturma evresinde ilgili dosyanın soruşturma evresine gönderilmesini gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde iadenin mümkün olduğuna dair başkaca bir düzenlemeye rastlayamadığımızdan, soruşturma evresine bu sürelerin geçmesinden sonra dönülemeyeceği sonucuna varmaktayız.

---

[18] Michael Daphinoff, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung* (Schulthess, 2012) 273.

[19] Yazar İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 329. maddesinin 1. fıkrasında ayrı ayrı yer verilen iade sebeplerinden Porzessvoraussetzungen ve Verfahrenhindernisse durumlarından Prozessvoraussetzungen durumunun bu halde gerçekleştiğini savunmaktadır; zira bu halde iddianame hiç düzenlenmemeliydi, doğrudan seri muhakeme usulü uygulanmalıydı, demektedir. Daphinoff (n 18) 273 bilhassa sayfa 276; Bu iki kavramın aslında eş anlamlı olduğu, daha doğru bir ifadeyle muhakeme engellerinin aslında muhakeme şartlarının negatif (olumsuz/eksik/bulunmama) hallerini oluşturduğu görüşü için bkz Eveline Roos & Konrad Jeker, 'Die Prüfung der Anklage nach Art. 329 StPO' (2012/5) Forumpoenale 301, 304.

[20] Daphinoff (n 18) 278.

[21] Avusturya CMK m 215/3 şu şekildedir: "In den Fällen des § 212 Z 3, 4 und 8 hat das Oberlandesgericht die Anklageschrift zurückzuweisen; dadurch wird das Hauptverfahren beendet und das Ermittlungsverfahren wieder eröffnet."

İncelemiş olduğumuz bu ülke uygulamaları, evrelerden dönülmezlik ilkesinin mutlak olmadığını ve kanun düzenlemesiyle bu ilkeye istisna getirilebileceğini göstermektedir.

## III. Ceza Muhakemesinde Evreler

5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu bağlamında evrelerden söz edildiğinde soruşturma ve kovuşturma evreleri kastedilmektedir. Anılan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreye soruşturma evresi; f bendine göre ise, iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreye kovuşturma evresi denilmektedir. Kanun koyucunun ara muhakeme yahut ara soruşturma şeklinde nitelendirdiği bir evre bulunmamaktadır. Benzer durum İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu için de geçerlidir. Ancak gerek İsviçre öğretisinde gerekse ülke öğretimizde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda doğrudan anılmamış olsa da öğreti tarafından varlığı kabul edilen bir ara muhakeme evresi bulunmaktadır.[22] Mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk öğretisinde de bize göre yerinde bir tespit olarak ara muhakeme evresinden söz edilecekse bu evrenin çelişmeli bir muhakemeyi mümkün kılması gerektiği vurgulanmaktadır; bu ise kaçınılmaz olarak şüpheli sıfatını taşıyan tarafa bildirimi ve onun konuya ilişkin beyan ve savunma vermesini mümkün kılmayı gerektirmektedir; öyle ki ideal olması açısından ara muhakeme sürecinin yürütecek mahkeme ile dosyaya bakacak mahkemenin ayrı olması gerektiği de haklı olarak savunulmaktadır.[23]

Konumuz açısından önem arz eden boyutu, evrelerden dönülmezlik ilkesinden söz edildiğinde ara muhakeme evresinin, evrelerden dönülmezlik ilkesinin etki alanına dahil olup olmayacağı meselesidir. Bize göre kanun koyucunun nitelemesi doğrultusunda yorum yapmak gerektiğinden, kovuşturma evresinden ara muhakeme evresine dönüş mevcut düzenlemeler ışığında mümkün olmamakla birlikte ara muhakeme evresinden soruşturma evresine dönüş mümkündür. Zira öğreti tarafından ara muhakeme evresi olarak nitelendirilen devre kanun koyucu tarafından soruşturma evresi olarak nitelendirilmiştir. Soruşturma evresi içinde geri gelmek mümkün olduğundan bu bağlamda bir yasaktan (ara muhakeme evresinden soruşturma evresine dönülemeyeceğinden) söz edilemeyecektir. Aşağıda gerekçesine yer verdiğimiz üzere bu evrede savcılığın iddianamesini herhangi bir sebeple geri çekmesi mümkündür. Zira süreç henüz mahkemenin etkin olduğu safhaya geçmemiştir.

Kanun koyucunun öngördüğü ve öğretide de genel kabul gören iddianamenin iadesi halinin evrelerden dönülmezlik ilkesinin istisnası niteliğinde olup olmadığı

[22] Roos & Jeker (n 19) 301; Türk hukukundaki kullanım için bkz Öztürk ve diğerleri (n 2) 621; Yenisey/Nuhoğlu (n 2) 608; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021) 460.

[23] Ayrıntılı bilgi için bkz Taner (n 7) 286 vd.

ise bu evrenin mevzuatta bulunup bulunmadığına göre şekillenmektedir. Kanun düzenlemeleri dikkate alındığında bu halde halen soruşturma evresinde olduğu kabul edildiğinden evrelerden dönülmezlik ilkesine istisna teşkil eden bir durumun düzenlenmediği söylenmelidir. Zira bu halde soruşturma evresindeki bir devreden dönüldüğü söylenebilecektir. Öğretinin kabul ettiği gibi ara muhakeme evresi bağımsız bir evre olarak kabul edildiğinde ise bu iade düzenlemesinin evrelerden dönülmezlik ilkesinin istisnasını teşkil ettiği söylenmelidir. Varlığı genel kabul gören ara muhakeme evresinin ne zaman sona erdiği hususu ise CMK m 174'teki 15 günlük sürenin hukuki niteliğinin tespitine göre değişiklik arz edebilmektedir. Bu sebeple öncelikle ilgili sürenin hukuki niteliğinin tespiti yapılmalı, akabinde evrenin ne zaman sonlandığı hususuna açıklık getirilmelidir.

## IV. İddianamenin İadesi İçin Öngörülen Sürenin Hukuki Niteliği

5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen sürelerin çeşitli tasniflere tabi tutulduğu görülmektedir. Bu tasniflerin başında hak düşürücü, koruyucu ve düzenleyici süre ayırımı gelmektedir. Buna göre kişiye bir hak tanıyan ve belli bir sürenin sonunda kullanılmamış olan bu hakkı düşüren sürelere hak düşürücü süreler denmektedir.[24] Hak düşürücü sürede ilgili hakkın kullanılabileceği azami süre gösterilir; bu sürenin sonunda artık ilgili hakkın kullanımı mümkün değildir.[25] Sürenin kaçırılması hak düşürücü etki doğurur. Keza öğretide de savunulduğu üzere hak düşürücü sürede normun muhatabı, hak sahibi olan bir kimse olmalıdır.[26] Kanun koyucu tarafından bir işlemin yapılabilmesi için geçmesini aradığı asgari sürenin söz konusu olduğu hallerde koruyucu süreden söz edilir. Bu süreye uymamanın işleme etkisi sınırlıdır yahut hiç yoktur. Keza düzenleyici sürenin söz konusu olduğu hallerde de işlemin yapılması için bir süre tanınır. Ancak bu sürenin geçmiş olması herhangi bir hak kaybına sebebiyet vermez.[27]

Muhakeme sürecinde öngörülen sürelerin sınıflandırılması bu tasniflerle sınırlı olmasa ve kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olmasa da öğreti, ilgili sürelere hukuki neticeler bağlama adına süreleri bu üç başlık altında değerlendirmeye çalışmaktadır. İddianamenin iadesi bağlamında TCK m 174 düzenlemesinde yer verilen 15 günlük sürenin ne tür bir süre olduğu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre anılan süre hak düşürücü süredir; kaçırılması halinde iddianame iade edilemeyecektir.[28] Bir başka görüşe göre burada öngörülen süre yukarıdaki üçlü sınıflandırmanın dışında bir süre türüdür ve "dava süresi" benzeri bir süre şeklinde

[24] Yenisey/Nuhoğlu (n 2) 145; Centel/Zafer (n 4) 751; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Savaş Yayınları 2017) 150.

[25] Öztürk ve diğerleri (n 2) 289.

[26] Metin Feyzioğlu, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler' (2006) 1, CHD 31, 31.

[27] Süreler hakkında genel bilgi için bkz Öztürk ve diğerleri (n 2) 289.

[28] Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. Bası, Beta 2015) 318.

addedilmelidir.[29] Bu sebeple iddianamenin iadesi süresi, hak düşürücü süreler gibi özürsüz geçirilme halinde eski hale getirme imkanı vermemektedir; keza ilgili sürenin zamanaşımı süresi gibi kesilmesi yahut durması da söz konusu değildir; ancak sürenin geçmesi ile birlikte mahkemeye tanınan iade yetkisi de ortadan kalkar.[30] Fakat bu görüşü savunan kimi yazarlar ilgili sürenin şekli bir süre olduğunu ve esasın bu şekle feda edilemeyeceğini, dolayısıyla süre geçse bile iadenin mümkün olduğunu da savunmak suretiyle ortadan kalkan yetkinin aslında kalkmadığını belirtmekte ve kendi içlerinde tutarsızlığa sebebiyet vermektedirler.[31] Netice olarak süreyi şekli bir süre olarak niteleyen bu görüş, iade süresini kesin bir süre, dolayısıyla hak düşürücü bir süre olarak görmemekte ve iadeyi süre geçiminden sonra da mümkün görmektedir.[32] Bir başka görüşe göre iddianamenin iadesi için tanınan bu azami süre herhangi bir hak vermemekte ve sürenin sonunda verilmiş bir hakkı düşürmemektedir. Bu sebeple anılan süre muhakemenin makul sürede yapılabilmesini temin eden düzenleyici nitelikte bir süredir.[33] Bu görüşe göre iade süresine uyulmamasının hiçbir yaptırımı bulunmamaktadır. Bu görüş doğrultusunda CMK m 174/3 düzenlemesini yorumladığımızda ilgili halde kamu davası açılmış olmakta ancak iade halen mümkün kalmaktadır. Dolayısıyla iddianamenin iadesi muhakemenin her devresinde mümkün kalmaktadır. Ancak anılan görüş savunucuları kovuşturma evresine geçildikten sonra (ki bunun iddianamenin kabul edilmesi veya kabul edilmiş sayılması şeklinde gerçekleştiğini CMK düzenlemeleriyle paralel şekilde anlamaktalar) evre ve devrelerden dönülmezlik ilkesi gereği iade değerlendirmesinin yapılamayacağını savunmakla bu görüşlerinde çelişki içine düşmektedirler.[34] İddianamenin iadesi için öngörülen sürenin düzenleyici olduğunu savunan bir diğer görüşe göre ise ilgili süre düzenleyici süre olsa da CMK m 174/3 düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinde anılan sürenin sonunda iade yetkisi ortadan kalkmaktadır.[35] Bize göre iddianamenin iadesi için öngörülen süre hak düşürücü, düzenleyici veya koruyucu bir süre değildir; zira anılan süre tasniflerinin özelliklerini yansıtmamaktadır.[36] Bu sebeple özel bir süre düzenlemesidir. Kanun koyucunun bu süreye bağlamış olduğu neticeler ise şu şekilde anlaşılmalıdır. Mahkemeye tanınan bu 15 günlük süre kesin bir süredir. Bu sürenin sonunda iade edilmeyen iddianamenin iadesi, mevcut düzenlemeler ışığında mümkün değildir ve bu halde kovuşturma evresine geçilmiş olmaktadır. CMK m

---

[29] Öztürk ve diğerleri (n 2) 630; Ünver/Hakeri (2022) (n 7) 546; Özkan Gültekin, *İddianame ve İddianamenin İadesi* (2. Baskı, Seçkin 2021) 228.

[30] Öztürk ve diğerleri (n 2) 630.

[31] Öztürk ve diğerleri (n 2) 630.

[32] Ünver, Hakeri müellifleri ise ilgili süreyi dava süresine benzetmekle birlikte iddianamenin bir kez iade edildikten sonra başka gerekçe ile iade edilemeyeceğini belirtmek suretiyle iadenin 15 günlük süreden sonra mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Bkz Ünver/Hakeri (2022) (n 7) 547.

[33] Centel/Zafer (n 4) 751; Feyzioğlu (n 26) 31.

[34] "Kovuşturma evresine geçildikten sonra madde itibariyle yetkisizlik kararı ile dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi halinde, evre ve devrelerden dönülmezlik ilkesi gereğince artık iddianame değerlendirilemez". Centel/Zafer (n 4) 629.

[35] Özbek/Doğan/Bacaksız (n 22) 462; Karakurt (n 7) 23.

[36] Aynı yönde Taner (n 7) 290.

174/3 düzenlemesi ile bilhassa CMK m 174/4-son cümle düzenlemesi bu şekilde bir okumayı zorunlu kılmaktadır.

Yukarıda anılan görüşleri iki grupta toplayabiliriz. Birinci grup görüşlerde ilgili sürenin mahkemeye tanınan iade yetkisine bir etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu halde (mevzuatımıza göre soruşturma evresinin bir parçası olan) ara muhakeme evresi devam etmekte ve iade mümkün olmaktadır. Bu halde kovuşturma evresi iddianamenin kabulü kararıyla başlamış olacağından kovuşturma evresinden, önceki evreye (ara muhakeme yahut soruşturma evresine) bir dönüş söz konusu değildir ve bu sebeple ilgili durum evrelerden dönülmezlik ilkesini ihlal etmemektedir. Bu halde kovuşturma evresine başlanılmış olmakla birlikte iadenin mümkün olduğu kabul edildiğinde ise ilgili durumun evrelerden dönülmezlik ilkesine istisna teşkil ettiği söylenmelidir.

İkinci grup görüşlerde ilgili sürenin geçmesiyle birlikte iade yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bu görüş doğrultusunda yorum yapıldığında ara muhakeme (soruşturma evresi) sona ermiş olmakta ve evrelerden dönülmezlik ilkesi gereği iade imkanı ortadan kalkmaktadır.

### A. Cumhuriyet Savcısının İddianameyi 15 Günlük Süre İçinde Geri Alıp Alamayacağı Meselesi

Cumhuriyet savcısının iddianameyi düzenleyip mahkemeye sunmasından sonra başlayan 15 günlük süre içinde ilgili iddianamesinin geri alıp alamayacağı hususu açık değildir. Evrelerden dönülmezlik ilkesi bağlamında bakıldığında dosya halen soruşturma (öğretiye göre ara muhakeme) evresinde olduğundan ve kovuşturma evresi henüz başlamamış olduğundan C. savcısının iddianameyi geri alabileceğini savunmakta beis görünmemektedir. Keza bu halde iddianamenin geri alınmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır. İlgili sürenin hukuki nitelemesi nasıl yapılırsa yapılsın geri almanın bu halde mümkün olduğu savunulabilir; zira bu durum sürenin geçmediği hallerde işleme etki etmemektedir (UYAP portalının buna izin verecek şekilde düzenlenmesi gerekiyorsa, program buna müsaade edecek şekilde güncellenmelidir). Ancak buna rağmen öğretide bu halde C. savcısının iddianameyi geri alamayacağı, mevzuatta bu anlamda bir imkânın bulunmadığı gerekçesiyle savunulmakta ve olması gereken hukuk bağlamında mevzuata ekleme yapılması gerektiği belirtilmektedir.[37]

[37] Özbek/Doğan/Bacaksız (n 22) 463.

## B. Cumhuriyet Savcısının 15 Günlük Süre Geçtikten Sonra İddianameyi Geri Çekip Çekemeyeceği Meselesi

Cumhuriyet savcısının iddianameyi düzenleyip mahkemeye sunmasından sonra başlayan 15 günlük süre geçtikten sonra ilgili iddianamesini geri çekip çekemeyeceği hususu da açık değildir. Evrelerden dönülmezlik ilkesi bağlamında bakıldığında bu halde hangi evrede olunduğunun tespiti önem arz etmektedir. Öğretide savunulan bir görüşe göre 15 günlük süre geçmiş olsa da mahkemece bir karar alınmadığı sürece kovuşturma evresine geçilmiş olmayacağından, bu halde dosya halen soruşturma (ara muhakeme) evresindedir.[38] Katılmadığımız bu görüş benimsendiğinde 15 günlük sürenin geçmemiş olduğu hallerde ulaşmış olduğumuz sonuçtan dönülmeyi gerektiren bir husus yoktur. O sebeple savcılık ilgili iddianameyi mahkemece karar alınmadığı sürece her zaman geri çekebilir; daha doğru bir ifadeyle, bu haldeki geri çekme evrelerden dönülme sonucunu doğurmayacağından evrelerden dönülmezlik ilkesini ihlal etmeyecek yahut buna istisna teşkil etmeyecektir. 15 günlük sürenin geçmesinden sonra kovuşturma evresine kendiliğinden (mahkemece bir işlem yapılmasına gerek kalmadan) geçildiği kabul edildiğinde[39], ilgili iddianamenin kabul edilmiş olduğu ve kovuşturma evresine geçildiği tespiti yapılacağından savcılığın bu halde iddianameyi geri çekemeyeceği sonucuna evrelerden dönülmezlik ilkesi bağlamında ulaşmak gerekir. Zira bu halde bir geri çekme evrelerden geri dönülmezlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kanaatimizce kanun koyucunun 15 günlük sereye ilişkin düzenleme ile arzuladığı, kovuşturma evresine kendiliğinden geçilmiş olduğudur; bu sebeple kovuşturma evresindeki bir iddianamenin savcılık tarafından re'sen geri çekilmesi mümkün değildir. Zira mevcut düzenlemeler bu hallerde bir geri çekmeyi mümkün görmemektedir. Geri çekme kanunen öngörülmediğinden ve evrelerden dönülmezlik ilkesine hususi (Almanya örneğinde görüldüğü gibi) yahut genel (İsviçre örneğinde görüldüğü gibi) bir istisna tanınmadığından bu şekilde bir okuma yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

---

[38] Şahin/Göktürk müellifleri bir yandan 15 günlük süre içinde iade edilmeyen iddianamelerin kabul edilmiş sayıldığını, böylece kovuşturma evresine geçilmiş olduğunu kabul ederken [bkz Şahin/Göktürk (n 2) 134], diğer yandan kamu davasının açılmış sayılabilmesi için iki işlemin gerekli olduğunu ve bunların ilkinin iddianamenin düzenlemesi, ikincisinin ise mahkeme tarafından bu iddianamenin kabul edilmesi işlemi olduğunu belirtmektedirler [bkz a.g.e., Şahin/Göktürk (n 2) 477]. Anılan yazarlar bu açıklamalarıyla kovuşturma evresine geçilmesi için mutlaka iddianamenin kabul kararının mahkemece verilmesi gerektiğini savunmuş olmaktadırlar. Bu durum ise ilgili dosyada iddianamenin 15 gün içinde kabul edilmediği hallerde, mahkemece karar alınmadığı sürece dosyanın soruşturma evresinde olduğu anlamına gelebilmektedir. Keza Yenisey/Nuhoğlu müellifleri iddianamenin kabulü işlemini devre dışı bırakan kabul edilmiş sayılma düzenlemesini hukuka aykırı bulmaktalar. Bu görüşün dayanağı ise iddianamenin kabulü kararını bir ceza muhakemesi şartı olarak görmeleridir. Anılan yazarların olması gereken hukuk bağlamında kamu davasının açılmasında iddianamenin düzenlenmiş olması ve mahkemeye sunulmasını esas aldıkları görüldüğünden, kovuşturma evresinin başlangıcı için iddianamenin kabulü işlemini aramadıkları ancak muhakemenin başlaması (duruşma hazırlığı aşamasına gelinmesi) için iddianamenin kabulü kararını/işlemini şart koştukları düşünülmektedir. Bu ise bambaşka tartışmalara sebebiyet verir. Bkz Yenisey/Nuhoğlu (n 2) 743 vd.

[39] Bu yönde tespit için bkz "İddianamenin kabul edilmiş sayıldığı halde kovuşturma evresi, iddianameyi değerlendirme süresi olan onbeşinci günün sonunda, onaltıncı günde başlar." Centel/Zafer (n 4) 629; Taş (n 13) 292.

### C. Mahkemenin 15 Günlük Sürenin Geçmesinden Sonra İddianameyi İade Edip Edemeyeceği Meselesi

Bir üst başlıkta belirttiğimiz gibi, 15 günlük sürenin geçmesinden sonra kovuşturma evresine geçilip geçilmediği hususu öğreti açısından tartışmalıdır. Bu halde kendiliğinden kovuşturma evresine geçilmediği, bunun için mahkemenin ayrıca bir karar alması gerektiği görüşü benimsendiğinde mahkemenin iddianameyi (15 günlük süre geçmeden önce olduğu gibi, bu durumda da) iade edebileceği sonucuna ulaşmak gerekir. Bizim de katıldığımız ve kanun koyucunun da arzu ettiğini düşündüğümüz diğer görüş benimsendiğinde ise iadenin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Zira kovuşturma evresinden soruşturma evresine dönülmesini öngören genel veya özel bir düzenleme mevzu hukukumuz açısından söz konusu değildir.

Öğretide kovuşturma evresine geçilebilmesi için mahkemece ayrıca bir kararın alınması gerektiği görüşü benimsendiğinde, iadenin bu karardan sonra mümkün olup olmayacağının da açıklığa kavuşturulması gerekir: Bu halde artık kovuşturma evresine geçilmiş olacağından ve mevzuatımızda evrelerden dönülmezlik bağlamında bir istisna düzenlemeye rastlanılmadığından iadenin mümkün olmayacağını söylemek gerekecektir.

Görüldüğü üzere seri muhakeme bağlamında yapılan tartışmaya benimsemediğimiz görüşler kısmi çözüm üretseler de 15 günlük süre geçtikten ve mahkemece bir karar alındıktan sonra kovuşturma evresine geçildiği için iadenin mümkün olmadığı genel kabul görmekte ve seri muhakeme bağlamındaki sorunun çözülemediği görülmektedir. Mevcut uygulama bakımından önem arz eden bu duruma aşağıda yer vermiş olduğumuz yol izlenmek suretiyle bir çözüm bulunabilir.

## V. Nihai Değerlendirme ve Reform Önerimiz

Seri muhakeme usulü bağlamında öğretide de vurgulandığı üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce de bir dosyanın soruşturma evresinde döndürülmesi ihtiyacı doğmaktaydı;[40] mevcut düzenlemelerle hareket edildiğinde seri muhakeme ve iddianame yerine geçen belge örneklerinde olduğu gibi diğer birçok alanda da bu ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple ilgili tartışmayı AYM'nin iptal kararı dolayısıyla birçok dosya için ortaya çıkan geçici bir tartışma olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Seri muhakeme usulü bağlamında ortaya çıkan sorunun ilgili usulü işletme bağlamında mahkemeye bir yetki verilmesi suretiyle giderilmesi gerektiği şeklindeki görüşe ve buna alternatif olarak ilgili usulün soruşturma evresinden alınarak kovuşturma evresine bırakılmasına yönelik görüşe katılmamaktayız.[41] Zira bu usul soruşturma evresine ve Cumhuriyet savcısına

[40] Baytaz (n 4) 23.

[41] Öneri için bkz Baytaz (n 4) 24.

hasredilmiştir. Yazarın ilgili usulün uygulanmasının kovuşturma evresine taşıtılması görüşüne katılmadığımız gibi ilgili görüş doğrultusunda değişikliğin evrelerden dönülmezlik ilkesine ilişkin sorunu çözmeyeceğini düşünmekteyiz. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere evrelerden dönülmezlik ilkesinin mutlak şekilde uygulanması diğer birçok alanda sorun olamaya devam etmektedir. Kaldı ki tahliye muslukları olarak nitelendirilen ve ilk derece mahkemelerinin iş yükünü azaltma motivasyonunu da içeren tüm bu usulleri kovuşturma evresine taşımak, kanun koyucunun bu usullerden beklediği pratik faydanın gerçekleştirilmesini imkânsız hale getirecektir. O sebeple sorunun çözümünü evrelerden dönülmezlik ilkesine istisna getirmekte aramalıyız.

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda öngörülen şahsi dava usulünde kovuşturma evresi olarak nitelendireceğimiz devrede kişinin şahsi davasını geri alması mümkündü.[42] Bunun sebebi öncelikle bu davanın kamuoyu için bir ehemmiyet arz etmemesi ve dava açıp açmamanın en başta kişiye bırakılmış olmasıdır. Ancak davayı geri almanın bu hali evrelerden dönüldüğü, daha doğrusu kovuşturma evresinden soruşturma evresine dönüldüğü anlamına gelmemektedir; keza aynı husus yeniden soruşturma konusu edilememektedir; zira bu halde mahkemece düşme kararı verilmektedir.[43] Cumhuriyet savcısına benzer bir yetki tanınmak suretiyle bir çözüm bulunsa da mevcut hüküm türlerinden düşme kararının verilmesi neticesini doğurmak dışında bir faydası olmayacak ve kovuşturma evresinden de dönülmemiş olacaktır. Keza C. savcısının davayı (iddianameyi) şahsi ceza davasında olduğu gibi geri çekmesi mümkün olsa ve bu halde düşme kararı verilse kişi ilgili fiil dolayısıyla yeniden yargılanamayacak ve seri muhakeme ve benzeri durumlarda ortaya çıkan sorunlar giderilememiş olacaktır.

Yukarıda anılan gerekçelerle C. savcısının iddianameyi geri çekmesinden yahut mahkemenin iddianameyi iade etmesinden söz edebilmek için kendilerine bu konuda tanınmış bir yetkinin olması şarttır. Kanunun yetkili kılmadığı hallerde kovuşturma evresindeki dosyanın iddianamesinin savcılık tarafından geri çekilmesinin yahut mahkeme tarafından iade esilmesinin önünde evrelerden dönülmezlik ilkesi ile öngörülmüş olan yasak bulunmaktadır.[44] Evrelerden dönülmezlik ilkesi ille getirilen bu yasağa ancak kanun koyucu tarafından getirilen bir düzenleme ile istisna tanınabilir ve yukarıda bahsettiğimiz sorunlara kalıcı çözümler sunulabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde bir değişiklik yapılmak suretiyle ilgili konu çözüme kavuşturulabilir:

---

42 Tosun (1984) (n 3) 197.

43 Mülga düzenleme hakkında bilgi için bkz Tosun, (1984) (n 2) 198 vd; Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986) 652.

44 Konuya ilişkin çok sayıda yargı kararı mevcuttur. Anılan kararlar için bkz. Yargıtay CGK, E 2014/855, K 2015/356, 03.11.2015; Yargıtay 13. CD, E 2016/17153, K 2018/18368, 17.12.2018; Yargıtay 18. CD, E 2018/6021, K 2018/13813, 30.10.2018; Yargıtay CGK, E 1992/260, K 1992/283, 19.10.1992. İş bu kararlara konu sorunların neredeyse tamamı önerilen kanun değişikliğiyle birlikte çözülebilmektedir.

"*En geç birinci fıkrada belirtilen süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş ve kovuşturma evresine geçilmiş sayılır. Ancak iade gerektiren sebeplerin kovuşturma evresine geçildikten sonra ortaya çıkması ve durma kararı verilerek ilgili sebebin Cumhuriyet Başsavcılığınca giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde mahkeme iddianameyi eksikliklerin giderimi yahut gereği için savcılığa iade edebilir. Cumhuriyet savcısı da anılan koşullarda iddianameyi geri çekebilir*".

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Alan Akcan E, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi Kurumu' (2016) 15(2) İKÜHFD 173-192.

Baytaz AB, 'Seri Muhakeme Usulü', (2020) 8(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1- 47.

Berz U & Burmann M, *Handbuch des Straßenverkehrsrechts Band II* (Werkstand 44. Ergänzungslieferung, Hrsg. Michael Burmann & Reiner Heß, Bearbeiter: Schneider, C.H. Beck, München, August 2021) (via Beckonline).

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020).

Clausmeier D, *Die Einstellung von Verfahren mit Auslandsberührung durch die Staatsanwaltschaft* (Berliner Wissenschaftsverlag 2016).

Daphinoff M, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung* (Schulthess 2012).

Donatsch A, Schwarzenegger C & Wohlers W, *Strafprozessrecht* (2. Auflage, Schulthess 2014).

Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. Baskı, Beta 2015).

Erem F, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986).

Feyzioğlu M 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler' (2006) 1 CHD 31-36.

Gültekin Ö, *Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi* (2. Baskı, Seçkin 2021).

Heger M & Pohlreich E, *Strafprozessrecht* (2. Auflage, Kohlhammer 2018).

Heghmanns M, *Strafverfahren – Strafrecht für alle Semester* (Springer 2014).

Hellmann U, *Strafprozessrecht* (2. Auflage, Springer 2006).

Karakurt A, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi' (2009) 82 TBB Dergisi 1-31.

Kindhäuser U & Schumann KH., *Strafprozessrecht* (5. Auflage, Nomos 2019).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2021).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Gezer S, Saygılar Kırıt FY, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok Villemin D ve Tok, MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2022).

Roos E & Jeker K, 'Die Prüfung der Anklage nach Art. 329 StPO' (2012) 5 Forumpoenale 301-306.

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı 2022).

Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (2. Baskı, Seçkin 2021).

Taş B, 'Caza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin Kabulü, Tensip Zaptı ve İlk Duruşma', (2020) 6(2) İstanbul Aydın Üniversitesi HFD 287-314.

Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Savaş Yayınları 2017).

Tosun Ö, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1973).

Tosun Ö, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım* (4. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri 1984).

Ünver Y ve Hakeri H, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku* (TBB Yayınları 2006).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, *2. Cilt* (7. Baskı, Adalet 2013).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet 2022).

Wiprächtiger H, *Kommentar zur Schweizerischer Strafprozessordnung und Schweizerischer Jugendstrafprozessordnung*, (Hrsg. Marianne Heer, Stämpfli Verlag 2010).

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2022).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1289-1315

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0002
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

**Submitted:** 07.09.2023
**Revision Requested:** 10.09.2023
**Last Revision Received:** 19.08.2024
**Accepted:** 27.08.2024
**Online Published:** 06.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# When Angels Misbehaved: Justiciability of the United Nations for the Cholera Outbreak in Haiti

**Muhammet Celal Kul***

**Abstract**

The justiciability of international organizations has recently sparked considerable debate and interest. Among these comes the debate whether the United Nations (UN) was acting within its rights when hiding behind its immunity in the Cholera Outbreak in Haiti. Another point of contention is whether immunity is necessary vel non for the independence of the UN from member states, even in extreme cases where human rights are violated. In this paper, the justiciability of the UN is discussed over the concepts of immunity, autonomy, and responsibility of international organizations along with the moral obligations of the UN and the effective use of the alternative systems to compensate victims.

The UN's role resembles that of God, as He bears no responsibility for His actions besides being above law. Similarly, troops or personnel participating in UN operations are expected to work for the good of humanity, such as angels. Nevertheless, the UN angels sometimes commit violations or cause damage, which stimulates further discussion of the matter.

To put these theoretical questions and metaphors into practice, the Cholera Outbreak in Haiti is chosen as it provides a contemporary example that is a developing story paving the way for understanding the immunity, responsibility, and justiciability of the UN. In this article, the immunity of the UN has been analyzed along with that of other international organizations to demonstrate the special position of the UN. Finally, a waiver of immunity was tested with some extreme examples in which violations of human rights and jus cogens norms were involved.

**Keywords**

Immunity of The United Nations, Responsibility of International Organizations, Autonomy of the UN, Justiciability of the UN, Waiver of Immunity

## Melekler Hata Yapınca: Birleşmiş Milletler'in Haiti'deki Kolera Salgını Sebebiyle Yargılanabilirliği

**Öz**

Birleşmiş Milletler Teşkilatı da dahil olmak üzere, uluslararası örgütlerin yargılanabilirliği önemli miktarda akademik tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bunlar arasında, Birleşmiş Milletler'in Haiti'deki kolera salgınındaki tutumu ve karşılaştığı iddialar da mevcuttur. Acaba Birleşmiş Milletler yargı bağışıklığından feragat etmemekle hukuka uygun mu davranmıştır? Bir başka nokta-i nazar ise bağışıklığın Birleşmiş Milletler'in üye devletlerden bağımsız olabilmesini temin ettiği ve gerekli olduğu yönündedir. Buna göre, Birleşmiş Milletler'in yargı bağışıklığı Haiti kolera salgınında ve başka uç örneklerde olduğu gibi daima gereklidir ve feragat edilemez niteliktedir.

Bu çalışmada Birleşmiş Milletler'in yargılanabilirliği, feragat ve işlevsellik açısından bağışıklık, hukuki sorumluluk, bağımsızlık gibi kavramlar üzerinden çok yönlü olarak ele alınmak suretiyle uluslararası hukuk bakımından incelenmiş ve BM'nin alternatif zarar giderim yollarını etkin kullanması ve gerektiği takdirde yargı bağışıklığından feragat etmesi gereği değerlendirilmiştir. Bağışıklık zırhının ardına sığınan ve böylece hukuki sorumluluğu bertaraf eden Birleşmiş Milletler'in bu durumu layüsel ve hukukun üstünde bulunması bakımından Tanrı'ya ve insanlığın yararına çalıştıkları ön kabulünden

* **Corresponding Author:** Muhammet Celal Kul (Asst. Prof. Dr.), Bolu Abant Izzet Baysal University, School of Law, Department of International Law, Bolu, Turkiye. E-mail: muhammetcelal.kul@ibu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9294-3086

**To cite this article:** Kul MC, "When Angels Misbehaved: Justiciability of the United Nations for the Cholera Outbreak in Haiti" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası xx. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0002

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

hareketle Birleşmiş Milletler operasyonlarına katılan kişilerin durumu da meleklere benzetilmiştir. Bu çalışmada Birleşmiş Milletler adına çalışırken ihlalleri gerçekleştirenler Melek metaforuyla karşılandığı için çalışmanın adında bu metafor tercih edilmiştir.

Bu teorik benzetmeler ve sorulara uygulamada işaret edebilmek için bu makalede Birleşmiş Milletler'in bağışıklık, sorumluluk ve yargılanabilirliği konularına benzer durum ve davalar bakımından dair duruşuna ışık tutan ve gelişmekte olan güncel bir mesele olarak Haiti örneği tercih edilmiştir. Makalede Milletlerin bağışıklığı diğer uluslararası örgütlerin bağışıklığı karşılaştırmalı olarak incelenmiş olup Birleşmiş Milletler'in bu konudaki özel konumu ortaya konmaya çalışılmıştır. Ayrıca, bağışıklıktan feragat meselesi insan haklarının ve ius cogens normların ihlal edildiği örneklerle ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler**

Birleşmiş Milletlerin Yargı Muafiyeti, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, Birleşmiş Milletlerin Bağımsızlığı, Birleşmiş Milletlerin Yargılanabilirliği, Bağışıklıktan Feragat

## *Extended Summary*

The justiciability of international organizations has been a topic of debate, particularly regarding the United Nations' role in the cholera outbreak in Haiti. The UN's role is often compared to that of a god who bears no responsibility for actions beyond being above the law. This article discusses the concepts of immunity, autonomy, and responsibility of international organizations, including the effective use of alternative systems to repair the damage caused. The role of personnel working for the UN is compared to that of angels, who are expected to work for the good of humanity. The Haiti Cholera Outbreak serves as a contemporary example through which to understand the UN's stance towards immunity, responsibility, and justiciability in similar situations or cases. This article analyzes the immunity of the UN and compares it with other international organizations to demonstrate the special position of the UN. Waiver of immunity is tested with extreme examples in which human rights were involved.

When the UN was created, there was no legal framework to hold international organizations responsible for damage they could cause. The law developed later through several court decisions and other legal instruments when the personality of international organizations became clear. The law of international responsibility was shaped to hold states to account as the primary actors of international relations. However, this led to some discrepancies in the responsibility of international organizations. To be more specific, jurisdiction of international courts was already developed to hear the cases between states, not covering international organizations.

According to section 29 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, immunity is waivable (by the UN Secretary General). However, waiver of immunity by the UN is uncommon. What would really happen if the UN did not hide behind its veil of immunity and face liability? Would this lead to more actions against the UN all over the world and render the UN's functions disrupted?

Considering the fact that UN peacekeepers have been involved in sexual abuse of local people in many host states, including Haiti, one can conclude that the UN might have ended up in great trouble if it had no immunity at all.

It can be argued that the UN is a vulnerable organization as evidenced by Congo peacekeeping operations. Therefore, the UN needs a shield of immunity to operate properly. In a similar vein, immunity is necessary to ensure that the troop-contributing nations send their contingents more willingly; otherwise, the UN mission might dysfunction and even end up failure. Yet, the UN has expressed its "deep regret" and "moral responsibility" over the cholera outbreak and the subsequent human loss on a number of occasions and finally recognized moral obligation in a Security Council resolution in 2016. However, this has not reached the level of waiver of immunity, acceptance of legal responsibility, and compensation of any damages caused by the UN angels. By failing to undertake legal responsibility as such, the UN will undermine its own legality and sustainability.

It was also argued that even in extreme circumstances, the UN should preserve its immunity for the sake of ensuring the UN's independence from the member states. This argument provokes the question of to what extent the UN is independent of the member states? Independence, or, in other words, autonomy is a natural consequence of international personality. Today, it is undisputedly agreed that the UN has international legal personality, as first evidenced by *Reparation for Injuries* Advisory Opinion of the International Court of Justice. As such, the UN has the right to operate at the same level as states at the international forum, with similar but not identical rights with those of the states. Thus, the UN is able to enjoy rights and bear responsibilities as a result of its personality. These rights and obligations include the capacity to bring claims before international tribunals, immunity from national jurisdictions as well as the burden to face responsibility for the wrongful acts of its agents.

One can argue for the limits of immunity that the UN should have. It follows that should the UN have immunity even when its agents have violated a norm of jus cogens character? Is it necessary for the UN to stick to its immunity even in such extreme circumstances? The question seems to have been answered positively by the European Court of Human Rights (ECtHR) in *Stichting Mothers,* where the UN has been found to have the shield of immunity even in the face of a breach of a norm of jus cogens character. The ECtHR relied on the argument that since the UN was acting under chapter VII, it would be an interference to deny its immunity. Since its establishment the UN as an international organization, in shaping the world order, was trying to reach the goal of peace and security. However, it was hard for the UN to create a balance between peace and justice, which remained an unsolved dilemma. This decision of the ECtHR reaffirms the dichotomy between peace and justice.

In conclusion, not waiving its immunity and sticking to its God role the UN, might be said to have staged a non-existent God role by not making any visible alterations to the world to hold those who might be responsible to account. To avoid this image of a non-existent God, the UN should recalculate well when and where to resort to a waiver of immunity, considering its moral obligations and values that it was established to protect.

## Introduction

This study aims to elucidate the justiciability of the UN as an international organization by primarily relying on Haitian claims against the UN. In that regard, the present author does not seek to prove that the UN should or should not have immunity in a specific case but rather sits on the fence by gathering pros and cons. This paper relies on *the angels' metaphor* to better illustrate concepts and discussions surrounding the justiciability of the UN as an international organization.

In the first place, it may be necessary to shed light on the use of the angels' metaphor. In this paper, the angels' metaphor is used for the UN and its people who work for it. The angels are supposed to be positive or at least cause no harm to people. Similarly, the UN and its personnel are working for the good of humanity, as set forth in the preamble of its Charter. Second, angels are believed to have no "free will" thus only do what is ordered. As a result, they bear no responsibility for their actions and omissions. As such, they cannot be regarded as enemies or targeted in armed conflicts. UN angels are often remembered to wear blue helmets and drive white SUVs in conflict zones where they help to establish peace and security.

The critical question is Do angels misbehave? Or what will happen when they do that? The story of the Devil or Satan represents a cardinal example where an angel misbehaved and even went astray. Likewise, UN personnel may cause unavoidable, inadvertent, or even deliberate harm. Angels are supposed to be held accountable by the Almighty when the World ends. But, what about UN Angels? What will happen when they misbehave or cause harm to people or the environment? Who is to blame and to be held responsible? Where do people file complaints, and how do they sue wrongdoers? Who will hold them accountable and who will bear responsibility for the wrongful actions? These are the questions to be addressed throughout this paper.

In the Angels' Metaphor as described in this article, the UN organs and people in their service represent angels acting for the well-being of humanity. Another role is the role of God in this metaphor, as He is above the law and cannot be held responsible for His deeds. Similarly, the UN acts in the name of humanity to protect the peace and order of the world. Therefore, it is supposed to favor not a State or a group of states but the whole world. By invoking immunity and avoiding legal responsibility, the UN seems to be acting like a God or using God-like powers. In this role, the UN can hold the wrongdoers to account or simply do not care about wrongdoings and damages. Can God waive his position of being God? It follows that the UN, if waived its immunity, can be held legally responsible for the wrongdoings committed under its service. Obviously, waiver of immunity will be the point where the UN loses its role as a God. Waiver of immunity is a major decision to be made by the UN, which emphasizes the *sui generis* character of the privileges of the UN as a God in the international arena.

Lastly, to put theoretical questions into practice, in this article, the Cholera Outbreak in Haiti is chosen as the Haitian example provides a contemporary example, which is a developing story paving the way for understanding the UN stance towards immunity and responsibility and precedents on these matters.

## 1. Involvement of the UN in Haiti and a Summary of Events

Haiti is a country of dramatic importance as the second nation to gain independence in the America after three centuries of colonization and slavery[1]. Moreover, the country became the first modern state governed by people of African descent[2]. However, the volatile political situation in Haiti continued after the world order was reshaped by the UN Charter, which calls for respect for territorial integrity, non-interference with domestic affairs, and human rights[3] as enshrined in the preamble of the Charter. On September 30, 1991, President J. B. Aristide was toppled by a *coup d'Etat*[4]. Unhappy with the political situation in Haiti, the Clinton Administration sought economic sanctions against the military regime in Haiti. Soon after, on June 16, the UN voted for a petroleum sales ban in Haiti[5]. In the meantime, the United States arranged the signing of the Governors Island Agreement, which set forth the return of Aristide and amnesty for the officials who had participated in the military coup against him. The Governors Island Agreement also promised the establishment of a new Haitian police force and modernization of the Haitian Army. However, there were clear indications that the military administration in Haiti was backing away from the Agreement. The Clinton Administration jogged to guarantee a resolution against the military regime in Haiti[6], and by Resolution 875 of 16 October 1993, the UN Security Council imposed a naval blockade on Haiti to secure the implementation of the Governors Island Agreement. Ultimately, the UN Security Council, for the first time in history, authorized member states to use force against a member State (Haiti) to restore democracy[7]. Intervention was carried out by the "Operation to Uphold Democracy" under the UN mandate which was mainly comprised of US forces. After a successful invasion, Aristide returned to Haiti on October 15, 1994. The Operation

1 See David Malone, *Decision-Making in the UN Security Council: The Case of Haiti 1990-1997* (Clarendon Press 1998) 37.

2 'History of Haiti' (*One World Nations Online*) <http://www.nationsonline.org/oneworld/History/Haiti-history.htm> accessed 9 February 2023.

3 See Mari Katayanagi, *Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations* (Martinus Nijhoff Publishers 2002) 259.

4 Cf Michel Chossudovsky, 'US Sponsored Coup d'Etat: The Destabilization of Haiti', (Global Research, 26 February 2013) <http://www.globalresearch.ca/us-sponsored-coup-detat-the-destabilization-of-haiti/5323726> accessed 9 February 2023. See also Sebastian von Einsiedel and David M. Malone (eds), *Haiti in the UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century* (Lynne Reinner Publishers 2004) 467.

5 Office of the Historian, 'Intervention in Haiti, 1994–1995'< https://history.state.gov/milestones/1993-2000/haiti > accessed 26 July 2024.

6 US Department of State Office of the Historian (n 5).

7 See UNSC Res 940 (31 July 1994) UN Doc S/RES/940. It should be noted that the UN authorization to use force to restore democracy is not allowed for individual states to use force against other states. See Christine Gray, 'The Use of Force and the International Legal Order' in Malcom D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2010) 620.

to Uphold Democracy was conducted successfully while UNMIH was charged with the duty of establishing law and order to secure elections and a democratic regime between September 1993 and June 1996[8].

Despite the presence of the UN Mission in Haiti, political instability remained unchanged in the country for years[9]. UN mission (UN Stabilization Mission in Haiti, hereinafter MINUSTAH) was there in Haiti when an earthquake occurred in 2010. To help the country recover from the damage caused by the earthquake, the UN chose to enlarge its mission by forming emergency forces. By acting within a limited time, the UN failed to properly examine the health of the emergency forces[10]. It was also submitted that the UN only screened soldiers who appeared to carry active symptoms of a disease. Since 75% of Nepalese soldiers did not appear to carry the symptoms of cholera, the UN did not screen them for the disease[11]. Due to the faulty infrastructure of UN facilities, raw sewage infected a river that Haitians use as drinking water[12]. Thus, a cholera outbreak spread across the country after peacekeepers from Nepal arrived. Reaching up to 10.000[13], death toll was huge. The fact that cholera had not been observed in Haiti for nearly a century before its outbreak is one of the main indicators of the factual responsibility of the UN. Moreover, laboratory analysis showed that the cholera pattern was identical to that observed in Nepal. However, factual responsibility is not enough to establish legal responsibility since the UN does not opt out of its immunity[14].

In 2013, the UN was sued in the United States for its *prima facie* liability for failure to prevent the infection from spreading and causing the death of 10,000 people before the New York Court (*Georges v UN*), where permanent headquarter of the UN is located[15]. Claimants asked for damages amounting to millions of dollars to be compensated by the UN whereupon fears were expressed that if the litigation were successful, it might cause the UN to go bankrupt[16].

---

8 See Haiti United Nations Documents <https://peacekeeping.un.org/en/mission/past/unmihres.html > accessed 7 June 2023 for a set of resolutions held by the UN Security Council on UNMIH.

9 See Erica de Wet*, Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Hart Publishing 2004) 158-162.

10 This was done via the Security Council Resolution allowing humanitarian relief tasks to be carried out in the country. See UNSC Res 1908 (19 January 2010) UN Doc S/RES/1908.

11 See Renaud Piarroux *et al*, 'Understanding the Cholera Epidemic, Haiti' (2011) 17 EID 1161.

12 'UN Accepts Blame but Dodges the Bill in Haiti' (*The New York Times,* 21 March 2017) <https://mobile.nytimes.com/2017/03/21/opinion/un-accepts-blame-but-dodges-the-bill-in-haiti.html?emc=edit_th_20170321&nl=todaysheadlines&nlid=26585494&referer=> accessed 9 February 2023.

13 Nigel D White, *Law of International Organisations* (3rd edn, Manchester University Press 2017) 268.

14 Cf Report of the United Nations in Haiti 2010 Situation: Challenges and Outlook, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minustah/documents/un_report_haiti_2010_en.pdf> accessed 9 February 2023.

15 See *Delema Georges v United Nations* (The United States District Court, Sothern District of New York, 09 January 2015).

16 See UN Doc A/71/367 (n 22) 17. See also Rashmee Roshan Lall and Ed Pilkington, 'UN will not compensate Haiti cholera victims, Ban Ki-moon tells president' (*The Guardian*, 21 February 2013) <https://www.theguardian.com/world/2013/feb/21/un-haiti-cholera-victims-rejects-compensation> accessed 26 July 2023.

The UN invoked section 29 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations 1946[17] (hereinafter CPIUN), which provides the UN for 'immunity from every form of legal process except in any particular case it has expressly waived its immunity'. In addition, the UN has relied on the status of forces agreement[18] (MINUSTAH SOFA), which stipulates that any dispute or claim of a private law character shall be settled by a standing claims commission to be established[19].

In view of binding legal provisions regarding immunity of the UN, the New York Court rejected the claims and decided that the UN has immunity. The claimants appealed in 2016 whereupon the Court upheld the immunity of UN by stating that the immunity of the UN, which emanates from section 2 of the CPIUN, is not dependent on the condition that it fulfils its obligations under section 29 of the Convention[20].

In August 2016, not waiving its immunity and thus avoiding legal responsibility, the UN Secretary General declared a $400 million new approach to the cholera outbreak in Haiti, which can be construed to go beyond the former approach, allowing the UN to mobilize more resources to compensate the victims and transparently consult with the victims and the Haitian authorities. As part of this approach[21], a revised policy on the matter was put into place that again lacked the acceptance of legal responsibility while accepting its moral responsibility for the cholera outbreak in Haiti. The new approach avoided proper remedy and legal responsibility in a deliberate and subtle manner[22]. Until 2020, the UN only managed to raise 5 % of the amount declared as part of the new approach to Haiti, and likewise, has not paid any compensation to cholera victims[23]. As of April 2017, the UN Security Council decided to withdraw from Haiti after 13 years of operations, leaving behind a small follow-on mission[24]. However, in April 2023, the UN again declared a greater campaign for Haiti worth $720 million as part of humanitarian assistance to a country that the UN called a place "where gangs, hunger, and cholera have plunged nearly half the population into humanitarian need"[25] . By treating the Haiti Cholera Outbreak like a charity and, thus,

[17] The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (adopted 13 Feb 1946, entered into force17 September 1946) 1 UNTS 15.

[18] For the nature and function of status of forces agreements see Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları* (*Status of Forces Agreements in International Law*) (On İki Levha Yayıncılık 2020) generally and for the status of forces regime of the UN see *ibid* 296-320.

[19] See MINUSTAH SOFA (n 40) para 55.

[20] For the full argument and its foreclosure see Simon Chesterman *et al* (n 48) 572. See also Rashkow (n 109) 332-348 for other claims against the UN and how they were responded.

[21] For the 'New Approach to Cholera in Haiti' see UNGA Res 71/161 (16 December 2016) UN Doc A/RES/71/161 and UNGA Res 71/161 B (18 July 2017) UN Doc A/RES/71/161 B.

[22] See UNGA Res 71/367 (26 August 2016) UN Doc A/71/367 and UN Doc A/RES/71/161 (n 21).

[23] Beatrice Lindstrom, 'Seeking overdue reparations for UN-caused devastation in Haiti' (*Harward Law Today*, 24 June 2020) <https://hls.harvard.edu/today/seeking-overdue-reparations-for-u-n-caused-devastation-in-haiti/> accessed July 2023.

[24] Somini Sengupta, 'UN Votes Unanimously to End Peacekeeping Mission in Haiti' (*The New York Times*, 13 April 2017) <https://www.nytimes.com/2017/04/13/world/americas/un-peacekeeping-haiti-cholera.html> accessed 9 February 2023.

[25] 'Haiti: $720 million plan to support millions facing gangs, hunger and cholera' (*UN News*, 14 April 2023) <https://news.un.org/en/story/2023/04/1135647 > accessed 9 February 2023.

leaving the situation to compete with other humanitarian situations[26], the UN might be said to have shown its final stance towards cholera outbreak in Haiti by giving an indirect and late response and by failing to provide alternative dispute settlement mechanisms and avoiding legal responsibility while sticking firm to its immunity. In summary of the policy and principles of the UN towards Haiti, it can be argued that the UN seems to be creating a precedent in which it may never accept legal responsibility regardless of the facts of any situation, even in extreme circumstances regarding human rights violations and in the absence of alternative dispute settlement mechanisms[27].

## 2. Immunity of the UN

Foundations of the law on immunity is first developed for states, and there has been a shift from absolute immunity of states to restrictive immunity for states, which basically provide immunity for acts performed within the sovereign capacity of states (*acta iure imperii*) while denying immunity for acts of a private law character (*acta iure gestionis*). Until 1950, absolute immunity had remained largely untouched. However, over time, absolute immunity for states began to create unfair situations, especially in the case of the commercial vessels of communist states causing damage to other commercial vessels, thus preventing state-owned commercial vessels from being sued before a local court. The immunity of states evolved and underwent different interpretations by states over time, while the immunity of international organizations remained reliant on treaties where it was developed. The question arises Can the law on state immunity be simply applied to international organizations by analogy? Scholars claim that all international organizations have absolute immunity for their actions before national courts, while others create a *sui generis* category to spare those that were established before the second half of the 20th century. According to the latter view: international organizations that were established before the second half of the 20th century (subject to the intertemporal law doctrine) must benefit from absolute immunity for all kinds of acts regardless of *acta iure imperii* or *acta iure gestionis*. It was claimed that this approach towards international organizations can prevent differing stances and practices among national courts and serve the UN better by not opening the door to hostile campaigns in states[28].

[26] Lindstrom (n 23).

[27] See UN Doc A/71/367 (n 22) 21.

[28] See Michael Barton Akehust, *The Law Governing Employment in International Organizations* (Cambridge University Press 1967) 12.

There are some undeveloped examples that go against absolute immunity for the UN, such as in *Askir v Boutros-Ghali & Others*[29] and in the case of *Brzak v UN*[30], yet these examples did not amount to sufficient state practice to deny the absolute immunity of the UN emanating from concrete legal texts. Although there is a tendency among domestic courts in different states to treat international organizations like states in the matter of immunity, thus denying their immunity for acts of a private law character, many spare the UN[31] for its *sui generis* position as the universal organization acting for the good of the international community. Therefore, the UN has a *sui generis* God-like status compared to states and other international organizations. In summary, under this legal reasoning, the UN is given unprecedented absolute immunity, which is neither available for states nor for other international organizations, as under this approach the UN benefits from absolute immunity and the distinction between acts of private character and of sovereign character does not apply to the UN. However, according to many scholars, the UN Charter provides for functional immunity, not absolute immunity by stipulating that:

> [T]he Organization (the United Nations) shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfillment of its purposes[32]. Representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization[33].

This provision has been seen as a natural consequence of the legal personality of the UN, and its formulation is based on necessity[34]. Thus, in the absence of a special provision, peacekeepers will benefit from the status referred to in article 105, paragraph 2 of the UN Charter. This general provision is, however in practice, implemented by the CPIUN or further confirmed and detailed by the specific status of forces agreements agreed between the host states and the UN. The immunities and privileges enshrined in the CPIUN as a rule apply to the peacekeeping operations[35] and are generally acknowledged to regulate absolute immunity for the UN. It says:

---

29 In *Askir v Boutros-Ghali* 933 F Supp 368 (SDNY 1996), a Somalian citizen sued the UN before a US court, for possessing private property unlawfully during UN Operations in Somalia. The Court has made clear that since the exceptions arising from the Foreign Sovereign Immunities Act do not apply, the UN shall continue to have absolute immunity for acts committed during a military activity.

30 *Brzak v United Nations* Docket no 08/2799 (2d Cir 2010), in which the US Court of Appeals for the Second Circuit followed a reasoning similar to that of *Askir v Boutros-Ghali* (n 29), concluded that the UN holds absolute immunity.

31 For example, see *Groupement d'Entreprises Fougerolle et consorts c CERN* (1ère Cour de droit civile du Tribunal fédéral Suisse, 21 décembre 1992) 102 ILR 20 where the Court distinguished between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* of an international organization and thus went on to provide alternative dispute resolution methods. See also Rosa Freedman, 'UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge' (2014) 25 EJIL 239 fn 19; Zahid Ali Akbar, 'Problems with and Solutions for the Absolute Immunity of the UN' in Emel Parlar Dal *et al* (eds), *Global Governance, Security and Actors: UN at 70* (TASAM Yayınları 2016) 69-72.

32 Charter of the United Nations (signed 26 June 1945, entered into force17 24 October 1945) 1 UNTS XVI, article 105(1).

33 *ibid* article 105(2).

34 Bothe M and Dörschel T, 'The UN Peacekeeping Experience' in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces* (Oxford University Press 2003) 496.

35 See Annex F of the Model Status-of-Forces Agreement for Peacekeeping Operations (n 38) fn 4.

> [T]he United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity[36].

In summary, in 1945, immunity of the UN was formulated as *functional* with the UN Charter, and after a year, it was regulated to be absolute by the CPIUN.

Considering that some states are not parties[37] to the CPIUN, the UN developed a Model Status of Forces Agreement to be agreed upon by the host state and itself[38]. Specific status of forces agreements agreed between host state(s) and the UN may enlarge or elaborate on the immunities and privileges provided for in the Convention.

Below is the relevant law invoked by the UN to prevent any legal responsibility arising from the cholera outbreak in Haiti: CPIUN, which provides for absolute immunity, and the MINUSTAH SOFA.

The provisions of the CPIUN on the settlement of disputes are as follows[39]:

> [T]he United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of:
>
> a. disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party;
>
> b. disputes involving any official of the United Nations who by reason of his official position enjoys immunity, if immunity has not been waived by the Secretary-General.

Regarding the settlement of disputes, Article VII, Section 55 of the Agreement Between the United Nations and the Government of Haiti concerning the Status of the United Nations Operation in Haiti[40] (MINUSTAH SOFA) states that:

> [E]xcept as provided in paragraph 57, any dispute or claim of a private-law character, not resulting from the operational necessity of MINUSTAH, to which MINUSTAH or any member thereof is a party and over which the courts of Haiti do not have jurisdiction because of any provision of the present Agreement shall be settled by a standing claims commission to be established for that purpose.

---

36 The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (n 17) section 2.

37 As of this writing, 162 states are parties to this Convention. See the United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-1&chapter=3&clang=_en >accessed 14 May 2023.

38 Model Status-of-Forces Agreement for Peacekeeping Operations (9 October 1990) UN Doc A/45/594.

39 See The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (n 17) article VIII, section 29.

40 Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement haïtien concernant le statut de l'opération des Nations Unies en Haïti (entrée en vigueur 9 juillet 2004) 2271 UNTS 235.

### *2.1. Haitian Claims of Private Law Character*

For disputes and claims of a private law character, section 29 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations and section 55 of the MINUSTAH SOFA provide for the immunity of the UN. On the other hand, section 29 of the CPIUN reads that the UN "shall make provisions for appropriate modes of settlement of … disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character" and section 55 of MINUSTAH SOFA refers to the establishment of a claims commission to hear and resolve such claims of private law character. Unfortunately, the UN has neither established a claims commission nor waived its immunity to reach a justiciable conclusion in Haiti. It can be argued that section 55 of the MINUSTAH SOFA is equally binding on the parties, which is one of the two fundamental binding legal texts applicable to Haitian claims for the cholera outbreak. Nevertheless, immunity renders the case inadmissible before the discussion of the obligations of the parties arising from legally binding texts or agreements.

## 3. Responsibility of International Organizations and the *Sui Generis* Position of the UN

"Every wrongful act entails responsibility of the wrongdoer" is a well-established general principle of law found in many domestic legal systems[41]. This rule has also found its place in international custom and treaties. Thus, responsibility for an entity that holds international legal personality can be established on different grounds. The International Law Commission Articles on State Responsibility[42] state that: "Every internationally wrongful act of a state entails the international responsibility of that State". The International Law Commission Draft on the Responsibility of International Organizations adopted the same rule[43]. Once it was determined that an international organization has a separate legal personality, rights and obligations entail including responsibility for its acts and omissions[44].

When the UN was created, there was no legal framework to hold international organizations responsible for damage they could cause[45]. The law developed

[41] For example, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* (Seçkin Yayıncılık 2019) codifies the general principles of law applicable to civil and procedural matters in the Ottoman legal system.

[42] International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> accessed 9 February 2023.

[43] International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf> accessed 9 February 2023.

[44] Rosalyn Higgins, Legal Consequences for Member States for the Non-Fulfillment by International Organization of their Obligations towards their Parties (1995) 66(1) AIDI 254.

[45] See Guenter Weissberg, *The International Status of the United Nations* (Oceana Publications 1961) 170 *et seq.*

later through several court decisions[46] and other legal instruments[47] when the personality of international organizations [48] became clear in international law. The law of international responsibility was shaped to hold the states to account for their wrongdoings as the primary actors of international relations. However, this led to some discrepancies in the responsibility of international organizations. To be more specific, jurisdiction of international courts was already formulated to hear the cases between states, not covering international organizations. The International Court of Justice has admitted that international organizations can legally be held responsible according to general international law[49]. Nevertheless, some modifications need to be made to hold international organizations responsible for almost every scenario under the already established international legal order. In line with this, United Nations Law of the Sea Convention's Annex IX was adopted to hold the European Union (European Economic Community at that time) and other international organizations responsible when they violated the Convention[50]. Moreover, the European Union has orchestrated necessary adjustments to become a party to the European Convention on Human Rights. To make this possible, reformulation of article 17 of the 14th Protocol to the European Convention on Human Rights and article 59 of the Convention was needed. Similar amendments were made concerning the World Trade Organization to cover the responsibility of international organizations[51].

The law of international responsibility was further developed with ILC articles on State responsibility in 2001. A decade later, the ILC developed a version of the responsibility of international organizations. Although being not yet binding, the draft articles of the International Law Commission on the responsibility of international organizations (DARIO) restate a well-established rule that has long been accepted for states[52]. The International Law Commission adopted a similar wording to the articles on State responsibility[53]. It reads: "Every internationally wrongful act of an international

---

[46] See for example *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep 174.

[47] Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (adopted 21 March 1986, not yet in force) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf> accessed 9 February 2023.

[48] Simon Chesterman, Ian Johnstone and David M Malone, *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary* (Oxford University Press 2016) 555.

[49] Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (Advisory Opinion) [1999] ICJ Rep 62, para 66.

[50] Ulaş Gündüzler, 'United Nations Convention on Law of Sea as A Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?' (2013) 12 AAÇD 61, 71.

[51] James Crawford and Simon Olleson, 'The Nature and Forms of International Responsibility' in Malcom D Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2010) 443.

[52] The doctrine to spare states from national jurisdiction is sovereign immunity. For the evolution of the content of the doctrine see Thomas F Holt, 'Sovereign Immunity: A Statutory Approach to a Persistent Problem' (1977) 1 BCICLJ 223, 224 *et seq.*

[53] International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> accessed 9 February 2023.

organization entails the international responsibility of that organization[54]". However, the UN protects its special position by resisting to adapt to the changing laws on the responsibility of international organizations. By reference to this situation, it can be concluded that the UN is detaching itself from the very well-established general principles of law[55] and general international law. Invocation of the shield of immunity in every case, even when its actions caused thousands of civilian losses (as in the Cholera Outbreak in Haiti), is a clear indicator to infer that the UN has not yet adapted to the recent developments on the law of responsibility[56]. Nevertheless, the UN has not been subjected to the same set of rules applied to other international organizations which emphasizes the God-like *sui generis* position of the Organization. In that, the UN was devised with privileges to apply limitations and exclusions in terms of claims and compensation[57].With these privileges, financial liability of the UN for its wrongful action has been limited to $50,000 [58]. This monetary threshold applies to the tortious liability of the UN, as in the Cholera outbreak in Haiti, without prejudice to the contractual liability of the Organization which is subject to different legal rules[59].

## 4. Discussion about Waiving the Immunity of the UN

The Belgian Court of Appeals established a pathway for the UN to follow regarding when to disrobe its absolute immunity. The formula generated by *Manderlier c Organisation des Nations Unies et l'État Belge* contained a change in the understanding of the legal texts that created the Organization. Not being a sovereign power the UN,

> …[c]annot invoke rights of sovereignty different from the similar, but partial, rights which the Conventions have expressly and with limited effect given to it. Immunity from jurisdiction is the absolute privilege of whoever enjoys it. It can be withdrawn only by a properly effected change in the law which granted it…[60]

Nevertheless, reform in a constituting document of an international organization may not be achieved too soon; thus, it might be a quicker solution if the UN introduced

[54] See Article 3 of the International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf> accessed 9 February 2023.

[55] "Every… wrongful act… entails responsibility…" This principle is also found in many domestic legal systems as a general principle of law. See for example *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (n 41) which codified the general principles of law and was in force in the former legal system of Türkiye.

[56] See Henry G Schermers and Niels M Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity* (5th revised edn, Martinus Nijhoff 2011) 1006.

[57] See UNGA Res 52/247 (17 July 1998) UN Doc A/RES/52/247.

[58] This excludes the cases of gross negligence and willful misconduct by the UN agents in which case above-mentioned financial limit does not apply. In addition, the UN has the right to recover the amount it has paid for the injured party from the culpable individual or from the relevant troop-contributing State. See Wellens (n 113) 163.

[59] See *ibid* 156.

[60] *Manderlier c Organisation des Nations Unies et l'Etat Belge* (ministère des Affaires étrangères), (Cour d'appel de Bruxelles, 15 septembre 1969) 69 ILR 139.

alternative approaches to its immunity within itself. Waiving immunity for certain situations might be deemed one of the beneficial tools to this end.

According to section 29 of the CPIUN, immunity is waivable by the UN Secretary General. However, resort to waiver of immunity by the UN is uncommon. What would really happen if the UN did not hide behind its veil of immunity and face liability? Would this trigger more actions against the UN all over the world and render the UN's functions disrupted? Considering the fact that UN peacekeepers have been involved in sexual abuse of local people in many host states[61], along with the Cholera outbreak in Haiti, one can conclude that the UN might end up in trouble if it had no immunity at all. Similarly, it was claimed that the UN played an efficient role in destabilization of Former Yugoslavian Republic[62]. Although UN peacekeeping missions are supposed to help states recover from conflict and establish peace and stability[63], sometimes it might be argued quite the opposite, especially when action or inaction of the UN decides the fate of a specific state[64]. These kinds of situations usually bring back the discussion of the rule of law and the reform of the UN Security Council[65]. By the very nature and *raison d'être* of the UN, it has been advocating the rule of law[66], good faith[67] and democratic values[68], however, in many cases, the UN has avoided democratic accountability[69] or legal responsibility going against its own values and not practicing what it has been preaching[70].

In view of the fact that the UN, as an international organization, came about as a result of a concession between international security and justice, it can be concluded that some justice was sacrificed to establish the security of the international system. In this way, some extraordinary powers and immunities were legally, but not necessarily fairly, granted to the UN through its Charter and additional agreements. Thus, the UN

---

61 See for example Human Rights Watch, *Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict: We`ll Kill You If You Cry* (2003) Vol 15 <https://www.hrw.org/report/2003/01/16/well-kill-you-if-you-cry/sexual-violence-sierra-leone-conflict> accessed 9 February 2023.

62 See Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press 2003) 575.

63 Department of Peacekeeping Operations, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (2008) 18.

64 See for example Berdal Aral, 'The Conundrum about the United Nations Security Council: A Guardian of Peace or Cause for Concern?' (2010) 3 EJEPS 163, 166-167 where the author compares different reactions of the UN Security Council against Indonesia, Iraq, Sudan and Iran by underlying double standards against states which refuse to align with Western hegemonic powers.

65 See Victor Yves Ghebali, 'United Nations Reform Proposals since the End of the Cold War' in Maurice Bertrand and Daniel Warner, *A New Charter for a Worldwide Organisation?* (Kluwer Law International 1997) 79. See also Nadin (n 79) for further discussion on the topic.

66 See, for example, Clemens A Feinäugle, 'The UN Declaration on the Rule of Law and the Application of the Rule of Law to the UN: A Reconstruction from an International Public Authority Perspective' (2016) 7 GJIL 157, 161.

67 See Gillian White, 'The Principle of Good Faith' in Vaughlan Lowe and Colin Warbrick (eds), *The United Nations and the Principles of International Law* (Routledge 1994) 231-250.

68 For example, see Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Martinus Nijhoff 2009) 18, 25.

69 See Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 241 *et seq.*

70 See Nico Schrijver, 'Beyond Srebrenica and Haiti: Exploring Alternative Remedies against the United Nations' (2013) 10 IOLR 588.

can also be said to have acted on its rights when it invoked immunity in the case of the cholera outbreak in Haiti. The CPIUN regulates the absolute immunity, whereas UN Charter article 105[71] provides for functional immunity[72]. In its general practice, the UN grounds its arguments on the former (absolute immunity) to reject claims against itself[73]. However, the problem remains in the face of the conflict between what is legal and what is fair and justiciable.

It can be argued that the UN is a vulnerable organization as evidenced by Congo peacekeeping operations. Therefore, the UN needs a shield of immunity to operate properly[74]. In a similar vein, immunity is necessary to ensure that the troop-contributing nations send their contingents more willingly; otherwise, the UN mission might dysfunction and may even fail[75]. Unlike peace enforcement operations under Chapter VII of the UN Charter, in peacekeeping operations the UN may have command and control over the contingents or troops sent by troop- contributing nations[76]. Since command and control involve disciplinary powers over troops, many states like the United States, are too cautious to send their troops when the operation is commanded by the UN. There are many factors affecting the military contribution of the nations: The most important is the concern to subject its personnel to another nation or international organization's command where the criminal responsibility of its own troops might be falsely invoked. For the above reasons, it can be concluded that the UN's principal role and ability in responding to a violation of or threat to peace, and thus the security of the world might be undermined when most states act unwillingly in contributing troops to UN peacekeeping operations. In addition, the fact that the UN has no permanent military force therefore relies solely on troop-contributing nations reinforces the conclusion reached above.

## 5. Moral Obligations of the UN

The UN expressed its "deep regret" and "moral responsibility"[77] over the cholera outbreak and the subsequent human loss on a number of occasions and finally recognized moral obligation by a Security Council resolution in 2016. However, this does not reach to the level of waiving immunity and, thus accepting legal responsibility

[71] The UN '*shall enjoy in the territory of each of its members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes*'. See the UN Charter (n 32) article 105, para 1.

[72] See Bruno Simma *et al* (eds) *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford University Press 2002) vol 2, 1320-1321. See also Leland M Goodrich, Edward Hambro and Anne P. Simons (eds), *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (Colombia University Press 1969) 620-621.

[73] See White (n 13) 270.

[74] See Robert C Johansen, 'Enhancing United Nations Peace-Keeping' in Chadwick F Alger, *The future of the United Nations System: Potential for the Twenty-first Century* (United Nations University Press 1998) 115-117.

[75] For examples of failed UN missions, see Paul F Diehl, *International Peacekeeping* (John Hopkins University Press 1993) 95 *et seq.*

[76] For examples where troop-contributing nations have command and control over their own troops, see United Nations, *The Blue Helmets: A Review of United Nations Peace-keeping* (2nd edn, United Nations Publications 1996) 297 *et seq.*

[77] See UNGA Res 71/367 (n 22).

and compensating for any damage caused by its agents[78]. By failing to undertake legal responsibility as such, the UN will undermine its own legality and sustainability. These can lead to the dilemma of *peace versus justice* or the reformulation of the decision-making system of the UN, which is questionable in terms of fairness[79]. Moreover, in the very worst-case scenario, this may result in the total failure of the UN system because of the loss of faith in the international system created by the UN Charter. It might be important to note that some states have already voiced concerns implicating the unfair structure of the existing decision-making system of the UN Security Council and the dead locks created by it, such as the Syrian internal war[80]. Furthermore, the fact that the UN does not face consequences for its deeds does more harm than good, as evidenced by repeated sexual abuse by UN peacekeepers[81].

Since there is no judicial or administrative body to review the resolutions[82] of the UN Security Council emanating from Chapter VII, for example, Iran has no opportunity to challenge the resolutions of the UN Security Council in relation to sanctions because the UN Security Council resolutions are of political in nature rather than legal. Similarly, there is no court or organ to hold the UN accountable. Likewise, the International Court of Justice has asserted that it has no judicial review power and is neither a place of appeal for the actions of UN agents or other concerned organs[83]. Similarly, International Court of Justice cannot interfere with the political discretion of the Security Council[84].

## 6. Autonomy and Funding of the UN

It has been argued that even in extreme circumstances, the UN should preserve its immunity for the sake of ensuring the UN's independence from the member states. This argument raises the question of to what extent is the UN independent of the member states?

78 See UNGA Res 71/161 (n 21).

79 See Peter Nadin, *UN Security Council Reform* (Routledge 2016) 116 *et seq.*

80 See for example, Beril Dedeoğlu, 'The world is bigger than 5' (*Daily Sabah*, 28 September 2016) https://www.dailysabah.com/columns/beril-dedeoglu/2016/09/28/the-world-is-bigger-than-5 (accessed 9 February 2023). For the nature and classification of armed conflicts in Syria see Muhammet Celal Kul, *Exploring the Anatomy of the Syrian Armed Conflicts* (Adalet Yayınları 2020).

81 Joseph Ax, 'US urges judge to dismiss cholera lawsuit against United Nations', (*The Guardian*, 23 October 2014) https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/03/un-report-on-sexual-abuse-paves-way-for-meaningful-reform/ accessed 9 February 2023.

82 Joined Cases C–402/05 P and C–415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I–6351, paras 97–134. See also Juliane Kokott and Christoph Sobotta, 'The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?' (2012) 23 EJIL 1015, 1024.

83 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), (*Namibia Opinion*) 1971 <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf> accessed 9 February 2023.

84 See Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security* (Clarendon Press 1999) 47.

Independence, or, in other words, autonomy is a natural consequence of international personality. Today, it is undisputedly agreed that the UN has an international legal personality, as first evidenced by the *Reparation for Injuries* Advisory Opinion of the International Court of Justice[85]. As such, the UN has the right to operate at the same level as states at the international forum, with similar but not identical rights to those of the states. Thus, the UN can enjoy rights and bear responsibilities because of its personality[86]. These rights and obligations must include the capacity to bring claims before international tribunals, immunity from national jurisdictions as well as the burden to take responsibility for the wrongful acts of its agents[87].

The funding of an international organization effects the autonomy of that entity, which is also true for the UN. Thus, funding and budgetary issues are at stake when the UN is asked to compensate for its actions. The UN should calculate the amount of compensation based on its own budget. Therefore, the amount of the compensation claimed might be a factor that can be considered by the UN when invoking immunity.

There was one example where the UN paid compensation for an accident that occurred in the UN buffer zone while the UN mission was fire-watching between Greek and Turkish Cypriots[88]. The UN paid for damages when operating in the UN buffer zone (between Northern Cyprus and Southern Cyprus) in 1966[89]. However, when faced with damages reaching up to tens of billions of dollars in total, the UN plausibly invokes immunity due to the lack of funding. Since the UN budget is reliant on the member states, it apparently has difficulty meeting such claims. This makes clear that the founding fathers of the UN did not consider the viability of the UN system, especially in terms of financial matters and compensation. Likewise, it is also true that at the time of the establishment of the UN, there was no clear law on the responsibility of the international organizations not to mention their international personalities.

The costs of the UN as an organization are not equally distributed, which would otherwise be overwhelmingly burdensome for some small economies. Unsurprisingly, the United States is the biggest financial contributor to the UN[90]. It originates from

85 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (n 46).

86 Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law*, (3rd edn, Cambridge University Press 2015) 46; White, (n 13) 114.

87 White (n 13) 117.

88 See Alan M James, 'Unit Veto Dominance in UN Peace-Keeping' in Lawrance S Finkelstein (ed), *Politics in the United Nations System* (Duke University Press 1988) 98-101.

89 The United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP) was established in 1964. See United Nations Peacekeeping 'United Nations Peacekeeping Force in Cyprus' <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unficyp/> accessed 9 February 2023. For more on the practice of the UN in Cyprus see Ekaterina Michos-Ederer, 'Conflicts, Cyprus' in Rüdiger Wolfrum (ed), *United Nations: Law, Policies and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1995) vol 1, 233-242; Alejandro J Rodriguez Carrion, 'United Nations Force in Cyprus: Uncertain Case of Peace-keeping' in Antonio Cassese (ed), *United Nations Peace-keeping: Legal Essays* (Sijthoff and Noordhoff Publishers 1978) 155.

90 Schermers and Blokker (n 56) 646.

the fact that the United States is one of the founding fathers of the New World Order (i.e.: the legal regime presented by the UN Charter), and it plays a major role through its influence on the UN and the military and political capabilities all over the world, not to mention its role as one of the "*permanent five*" members of the UN Security Council. Similarly, the United States has taken a position to urge the dismissal of Haitian claims before the New York Court[91] because it appears to be the most powerful supporter of the *status quo* created by the UN system.

Funding of the UN has been of cardinal importance to establish real independence of the UN from the member states where concerns regarding financial corruption of the UN have been voiced[92]. Currently, the Lion's share of the UN budget remains dependent on the United States' contribution[93]. The United States has reserved its right to cut off its financial contribution to the UN when one of the UN agencies acts against the interests of the United States and its allies. The Congress threatened to punish the UN by cutting off finance over a UN General Assembly vote against Israel regarding the status of Jerusalem[94]. This vote condemned the US recognition of Jerusalem as the capital of Israel. The United States' Ambassador to the UN at the time Nikki Haley said "When we make generous contributions to the UN, we also have a legitimate expectation that our goodwill is recognized and respected" [95] while Donald Trump threatened to cut foreign aid to countries that voted in favor of the said UN General Assembly Resolution rejecting the US recognition of Jerusalem as Israel's capital[96]. The United States' reaction to the UN General Assembly Resolution shows the vulnerability of the funding system of the UN.

Financial matters should not obstruct the future viability and independence of the UN from the member States. Similarly, the biggest financial contributors to the UN should be prevented from being in a position to expect to affect the UN policy and decisions. Necessary amendments should be made to the UN Charter to secure its funding and make the UN a more accountable and fair institution. Being responsible for the peace and security of the world and as the lawgiver of the international community[97], the UN should respect its own principles and should not count itself above the law.

---

91 See Ax (n 81).

92 See UN Doc A/71/367 (n 22) 17.

93 See Jeffrey Laurenti, 'Financing the United Nations' in Jean A Krasino (ed), *The United Nations: Confronting the Challenges of a Global Society* (Lynne Reinner Publishers 2004) 271.

94 See UNGA Res ES-10/19 (21 December 2017) UN Doc A/RES/ES-10/19 on the Status of Jerusalem.

95 Bryant Harris, 'Congress threatens to cut UN funding for voting against Israel' (*Al Monitor*, 27 March 2017) <https://www.al-monitor.com/originals/2018/03/congress-threatens-cut-un-agencies-israel.html#ixzz7uB1yFXuy> accessed 24 February 2023.

96 Peter Beaumont, 'Trump threatens to cut aid to countries over UN Jerusalem vote' (*The Guardian*, 21 December 2017) <https://www.theguardian.com/us-news/2017/dec/20/donald-trump-threat-cut-aid-un-jerusalem-vote> accessed 24 February 2023.

97 See Christopher C Joyner, 'The United Nations as International Law-Giver' in Christopher C Joyner (ed), *The United Nations and International Law* (Cambridge University Press 1997) 432.

## 7. Immunity of the UN in Extreme Situations

One can argue for the limits of immunity that the UN should have. Should the UN have immunity even when its agents have violated a norm of jus cogens character[98]? Is it necessary for the UN to stick to its immunity, even in such extreme circumstances, especially when human rights are at stake? These questions seem to have been answered positively by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) in *Stichting Mothers of Srebrenica* [99] where the UN has been found to have the shield of immunity even in the face of a breach of a norm of jus cogens character. The ECtHR relied on the argument that since the UN was acting under Chapter VII, it would be an interference to deny the immunity of the UN. This decision by the ECtHR [100] regarding Srebrenica reaffirms the dichotomy between peace and justice, a major problem that emerged in the making of the UN Charter to reach the target of peace and stability. However, the ECtHR has not attempted to solve 'the peace versus justice dilemma' by deciding so.

Another question was raised in *Al Jedda* case regarding the hierarchy of norms and the position of the UN, particularly the Security Council and its resolutions. In *Al Jedda*, the right in question was fair trial, and the case centered around the continued detention of a citizen of the UK, in Iraq, without any trial. In *Al Jedda*, conflicting or competing obligations and hierarchy of norms were also at stake where the Government of the UK contended that its obligation (emanating from article 103 of UN Charter[101]) to comply with a UN Security Council Resolution overrode the obligations flowing from the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) [102]. The Court refrained from dealing with this hierarchical problem explicitly and decided that the UK's obligations arising from the ECHR were not in conflict with the UN Security Council Resolution[103]. Consequently, the ECtHR concluded that the UK was obliged to apply the Convention rights[104]. Judge Lauterpacht, on the other hand, opined that, in the case of a conflict between article 103 obligations of the UN Charter and a jus cogens norm, compliance with jus cogens norm prevails over obligations arising from article 103[105]. However, this opinion has yet to make any changes in the existing understanding of international law on this issue.

98 See *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v The Netherlands* App no 65542/12 (ECtHR, 27 June 2013) paras 154-156. See also White (n 13) 243.

99 *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v The Netherlands* (n 98) paras 154-156.

100 Cf *The State of Netherlands v Hasan Nuhanovic* App no 12/03324 (Supreme Court of the Netherlands, 6 September 2013; *Agim Behrami and Bekir Behrami v France* App no 71412/01 (ECtHR, 02 May 2007). See also Anna R Jay, 'The European Convention of Human Rights and the Black Hole of State Responsibility' (2014-2015) 47 NYUJILP 207; Kjetil Mujezinovic Larsen, *Human Rights Treaty obligations of Peacekeepers* (Cambridge University Press 2012) 136.

101 UN Charter (n 32) article 103 states that: '*In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail'*.

102 *Al Jedda v UK* App no 27021/08 (ECtHR, 07 July 2011) paras 9-13.

103 *Ibid* para 105.

104 Cf *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* (n 82) paras 307, 308.

105 See Separate Opinion of Judge Lauterpact on the *Application of Genocide Convention* <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf> accessed 25 September 2023, paras 99-100.

The stance of the ECtHR towards the hierarchy of norms and competing obligations regarding human rights did not change in *Nada v Switzerland*. The Court carefully drafted its decisions to respect the powers and privileges of the UN. In *Nada v Switzerland*, the ECtHR accepted the legality and legitimacy of the obligations created by the UN Security Council resolutions, while adding that Switzerland had to comply with human rights in implementing these resolutions[106]. Thus, the ECtHR reconciled the obligations of states regarding human rights with the obligations emanating from UN Security Council resolutions[107]. Thus, it can be argued that the ECtHR did not attempt to handle the difficult task of leaving aside the special position of the UN even when human rights were violated; to the contrary, it acknowledged, in every case, that there was no conflict between the human rights obligations of states and the UN Security Council resolutions. Similarly, in *Srebrenica*[108], the Court did not disregard the immunity of the UN when its agents violated a norm of jus cogens character to underscore the God-like special position of the UN above all other international organizations.

## Conclusion

In view of the situation in Haiti and other examples such as Srebrenica, where the UN refused to take legal responsibility, it may be argued that the UN seems to have cast doubt on its credibility regarding its function, operation, and purposes[109]. What might make the UN non-credible[110] is not the mere fact that it acted wrongfully but the fact that it denied its legal responsibility by invoking immunity in Haiti example. It can be argued that the UN should have waived its immunity, at least where it was deemed to be responsible. In the case of the cholera outbreak in Haiti, the UN accepted moral responsibility[111] for what had happened while denying the results of being responsible by hiding behind a shield of immunity. The UN, by avoiding legal responsibility and thus going against the values that established itself, might lose trust and legitimacy in the eyes of the international community. When the community loses faith in something, they feel that they no longer need it, and this leads to the possibility of dereliction.

In order to avoid the worst scenario, which is the dereliction or dissolution of the Organization, the UN should observe a balance between (a) the aims of the UN,

[106] *Nada v Switzerland* App no 10537/08 (ECtHR, 12 September 2012).

[107] White (n 13) 196. For more on the relationship between human rights obligations and obligations arising under Security Council resolutions, see also Erica de Wet, 'From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions' (2013) 12 CJIL787.

[108] See Robert C R Siekmann, 'The Legal Responsibility of Military Personnel' in Charlotte Ku and Harold K Jacobson (eds), *Democratic Accountability and the Use of Force in International Law* (Cambridge University Press 2003) 107.

[109] See Bruce C Rashkow, Immunity of the United Nations: Practice and Challenges (2013) 10 IOLR 332, 348.

[110] See UN Doc A/71/367 (n 22) 21.

[111] Michelle Nichos, 'UN chief: Moral responsibility to help Haiti cholera victims' (*Reuters*, 19 August 2016) <http://www.reuters.com/article/us-haiti-cholera-un-idUSKCN10U1S5> accessed 22 July 2023.

namely the peace and security of the world, and (b) the immunity of the UN, which should not be undersold. However, in an environment in which (a) and (b) are *prima facie* in conflict, one should follow the results of preferring (a) to (b) or vice versa through careful analysis. When (b) is preferred to (a), i.e.: When the immunity of the UN is waived, it follows that the UN may not function properly, and the peace and security of the world might be at stake. On the other hand, when (a) is preferred to (b), in other words, when the immunity of the UN is not waived, the UN loses ground for its legitimacy, thus paving the way for the dissolution or dereliction of the UN. Moreover, this may put the world into anarchy, a situation that the UN has been established to prevent. Therefore, the UN should calculate well to observe the aforementioned balance and waive its immunity when it deems necessary.

In the absence of any judicial remedy, i.e.: when the UN has not waived its immunity, the UN should either establish or effectively make use of alternative means such as independent claims commissions or by the establishment of a guarantee fund[112]. Moreover, it is also submitted that the successive or simultaneous use of legal and non-legal means can help claimants maximize accountability of the international organizations[113]. Otherwise, the UN should decide whether to waive or restrict its immunity, as it deems necessary. Other recommendations might include holding member states (to the UN) responsible, expanding the competence of the UN Administrative Tribunal, an ombudsperson charged with hearing claims against the UN[114]. It can be concluded that invoking immunity and sticking to an approach of "sterile legal formalism[115]" cannot always serve the aims and interests of the UN, the member states and justice.

As can be inferred from the practice of the UN, fearing the continuity of future UN missions, the UN neither holds the troop-contributing nations nor itself legally responsible for the wrongdoings committed under the auspices of the UN. For the wrongdoings that were supposed to be blessings by the UN Angels, the UN is sticking to its God role by not waiving its immunity and stages a non-existent God role by not making any visible alterations to the world to hold those who might be responsible to account. In compliance with its God role, maybe the UN is waiting for the doomsday for justice to be served; otherwise, one might assume that it simply does not care about wrongdoings. To avoid this image of a non-existent God, the UN should recalculate well when to waive its immunity, considering its moral obligations and values that it was established to protect.

[112] See Pierre Klein, *La responsabilité des Organisations Internationales dans les Ordres Juridiques Internes et en Droit des Gens* (Éditions Bruylant 1998) 112.

[113] Karel Wellens, *Remedies Against International Organisations* (Cambridge University Press 2002) 198.

[114] See Nico Schrijver (n 70) 593 *et seq.*

[115] See UN Doc A/71/367 (n 22) 21.

**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.

## Bibliography

***Books, Journal Articles, and Reports***

Akbar ZA, 'Problems with and Solutions for the Absolute Immunity of the UN' in Emel Parlar Dal *et al* (eds), *Global Governance, Security and Actors: UN at 70* (TASAM Yayınları 2016).

Akehust MB, *The Law Governing Employment in International Organizations* (Cambridge University Press 1967).

Aral B, 'The Conundrum about the United Nations Security Council: A Guardian of Peace or Cause for Concern?' (2010) 3 EJEPS 163.

Bothe M and Dörschel T, 'The UN Peacekeeping Experience' in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces* (Oxford University Press 2003).

Brownlie I, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press 2003).

Carrion AJR, 'United Nations Force in Cyprus: Uncertain Case of Peace-keeping' in Antonio Cassese (ed), *United Nations Peace-keeping: Legal Essays* (Sijthoff and Noordhoff Publishers 1978).

Chesterman S, Johnstone I and Malone DM, *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary* (Oxford University Press 2016).

Crawford J and Olleson S, 'The Nature and Forms of International Responsibility' in Malcom D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press 2010).

De Wet E, 'From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions' (2013) 12 CJIL787.

De Wet E, *Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (Hart Publishing 2004).

Department of Peacekeeping Operations, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (2008).

Diehl PF, *International Peacekeeping* (John Hopkins University Press 1993).

Einsiedel S and Malone DM (eds), *Haiti in the UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century* (Lynne Reinner Publishers 2004).

Fassbender B, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Martinus Nijhoff 2009).

Feinäugle CA, 'The UN Declaration on the Rule of Law and the Application of the Rule of Law to the UN: A Reconstruction from an International Public Authority Perspective' (2016) 7 GJIL 157.

Freedman R, 'UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge' (2014) 25 EJIL 239.

Ghebali VY, 'United Nations Reform Proposals since the End of the Cold War' in Maurice Bertrand and Daniel Warner, A New Charter for a Worldwide Organisation? (Kluwer Law International 1997).

Goodrich LM, Hambro E and Simons AP (eds), *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (Colombia University Press 1969).

Gray C, 'The Use of Force and the International Legal Order' in Malcom D Evans (ed) *International Law* (Oxford University Press 2010).

Gündüzler U, 'United Nations Convention on Law of Sea as A Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?' (2013) 12 AAÇD 61.

Higgins R, Legal Consequences for Member States for the Non-Fulfillment by International Organization of their Obligations towards their Parties (1995) 66(1) AIDI 254.

Holt TF, 'Sovereign Immunity: A Statutory Approach to a Persistent Problem' (1977) 1 BCICLJ 223.

James AM, 'Unit Veto Dominance in UN Peace-Keeping' in Lawrance S. Finkelstein (ed), *Politics in the United Nations System* (Duke University Press 1988).

Jay AR, 'The European Convention of Human Rights and the Black Hole of State Responsibility' (2014-2015) 47 NYUJILP 207.

Johansen RC, 'Enhancing United Nations Peace-Keeping' in Chadwick F Alger, *The future of the United Nations System: Potential for the Twenty-first Century* (United Nations University Press 1998).

Joyner CC, 'The United Nations as International Law-Giver' in Christopher C. Joyner (ed), *The United Nations and International Law* (Cambridge University Press 1997).

Katayanagi M, *Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations* (Martinus Nijhoff Publishers 2002).

Klabbers J, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd edn, Cambridge University Press 2015).

Klein P, *La responsabilité des Organisations Internationales dans les Ordres Juridiques Internes et en Droit des Gens* (Éditions Bruylant 1998).

Kokott J and Sobotta C, 'The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?' (2012) 23 EJIL 1015.

Kul MC, *Exploring the Anatomy of the Syrian Armed Conflicts* (Adalet Yayınları 2020).

Kul MC, *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları* (*Status of Forces Agreements in International Law*) (On Iki Levha Yayıncılık 2020).

Larsen KM, *Human Rights Treaty obligations of Peacekeepers* (Cambridge University Press 2012).

Laurenti J, 'Financing the United Nations' in Jean A Krasino (ed), *The United Nations: Confronting the Challenges of a Global Society* (Lynne Reinner Publishers 2004).

Malone D, *Decision-Making in the UN Security Council: The Case of Haiti 1990-1997* (Clarendon Press 1998).

*Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye* (Seçkin Yayıncılık 2019).

Michos-Ederer E, 'Conflicts, Cyprus' in Rüdiger Wolfrum (ed), *United Nations: Law, Policies and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1995) vol 1.

Nadin P, *UN Security Council Reform* (Routledge 2016).

Piarroux R *et al*, 'Understanding the Cholera Epidemic, Haiti' (2011) 17 EID 1161.

Rashkow BC, Immunity of the United Nations: Practice and Challenges (2013) 10 IOLR 332.

Sarooshi D, *The United Nations and the Development of Collective Security* (Clarendon Press 1999).

Schrijver N, 'Beyond Srebrenica and Haiti: Exploring Alternative Remedies against the United Nations' (2013) 10 IOLR 588.

Siekmann RCR, 'The Legal Responsibility of Military Personnel' in Charlotte Ku and Harold K. Jacobson (eds), *Democratic Accountability and the Use of Force in International Law* (Cambridge University Press 2003).

Simma B *et al* (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford University Press 2002) vol 2.

United Nations, *The Blue Helmets: A Review of United Nations Peace-keeping* (2nd edn, United Nations Publications 1996).

Weissberg G, *The International Status of the United Nations* (Oceana Publications 1961).

Wellens K, *Remedies Against International Organisations* (Cambridge University Press 2002).

White G, 'The Principle of Good Faith' in Vaughlan Lowe and Colin Warbrick (eds), *The United Nations and the Principles of International Law* (Routledge 1994).

White ND, *Law of International Organisations* (3rd edn, Manchester University Press 2017).

Zwanenburg M, *Accountability of Peace Support Operations* (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

## *Online Resources*

Ax J, 'US urges judge to dismiss cholera lawsuit against United Nations' (*The Guardian*, 23 October 2014) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/03/un-report-on-sexual-abuse-paves-way-for-meaningful-reform/>accessed 9 February 2023.

Beaumont P, 'Trump threatens to cut aid to countries over UN Jerusalem vote' (*The Guardian*, 21 December 2017) <https://www.theguardian.com/us-news/2017/dec/20/donald-trump-threat-cut-aid-un-jerusalem-vote> accessed 24 February 2023.

Chossudovsky M, 'US Sponsored Coup d'Etat: The Destabilization of Haiti' (*Global Research*, 26 February 2013) <http://www.globalresearch.ca/us-sponsored-coup-detat-the-destabilization-of-haiti/5323726> accessed 9 February 2023.

Dedeoğlu B, 'The world is bigger than 5' (*Daily Sabah*, 28 September 2016) https://www.dailysabah.com/columns/beril-dedeoglu/2016/09/28/the-world-is-bigger-than-5 (accessed 9 February 2023).

Haiti United Nations Documents <https://peacekeeping.un.org/en/mission/past/unmihres.html > accessed 7 June 2023.

'Haiti: $720 million plan to support millions facing gangs, hunger and cholera' (*UN News*, 14 April 2023) <https://news.un.org/en/story/2023/04/1135647 > accessed 9 February 2023.

Harris B, 'Congress threatens to cut UN funding for voting against Israel' (*Al Monitor*, 27 March 2017) <https://www.al-monitor.com/originals/2018/03/congress-threatens-cut-un-agencies-israel.html#ixzz7uB1yFXuy> accessed 24 February 2023.

'History of Haiti' (*One World Nations Online*) <http://www.nationsonline.org/oneworld/History/Haiti-history.htm> accessed 9 February 2023.

Human Rights Watch, Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict: We`ll Kill You If You Cry (2003) Vol 15 <https://www.hrw.org/report/2003/01/16/well-kill-you-if-you-cry/sexual-violence-sierra-leone-conflict> accessed 9 February 2023.

Lall RR and Pilkington E, 'UN will not compensate Haiti cholera victims, Ban Ki-moon tells president' (*The Guardian*, 21 February 2013) <https://www.theguardian.com/world/2013/feb/21/un-haiti-cholera-victims-rejects-compensation> accessed 26 July 2023.

Lindstrom B, 'Seeking overdue reparations for UN-caused devastation in Haiti' (*Harward Law Today*, 24 June 2020) <https://hls.harvard.edu/today/seeking-overdue-reparations-for-u-n-caused-devastation-in-haiti/> accessed July 2023.

Nichos M, 'UN chief: Moral responsibility to help Haiti cholera victims' (*Reuters*, 19 August 2016) <http://www.reuters.com/article/us-haiti-cholera-un-idUSKCN10U1S5> accessed 22 July 2023.

Report of the United Nations in Haiti 2010 Situation: Challenges and Outlook, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minustah/documents/un_report_haiti_2010_en.pdf> accessed 9 February 2023.

Sengupta S, 'UN Votes Unanimously to End Peacekeeping Mission in Haiti' (*The New York Times*, 13 April 2017) <https://www.nytimes.com/2017/04/13/world/americas/un-peacekeeping-haiti-cholera.html> accessed 9 February 2023.

Separate Opinion of Judge Lauterpact on the Application of Genocide Convention <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf> accessed 25 September 2023.

The United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-1&chapter=3&clang=_en >accessed 14 May 2023.

'UN Accepts Blame but Dodges the Bill in Haiti' (*The New York Times*, 21 March 2017) <https://www.nytimes.com/2017/03/21/opinion/un-accepts-blame-but-dodges-the-bill-in-haiti.html?emc=edit_th_20170321&nl=todaysheadlines&nlid=26585494&referer=> accessed 25 September 2023.

United Nations Peacekeeping, 'United Nations Peacekeeping Force in Cyprus' <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unficyp/> accessed 9 February 2023.

US Department of State Office of the Historian, 'Intervention in Haiti, 1994–1995' <https://history.state.gov/milestones/1993-2000/haiti> accessed 7 June 2023.

## *Treaties and other International Law Documents*

Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement haïtien concernant le statut de l'opération des Nations Unies en Haïti (entrée en vigueur 9 juillet 2004) 2271 UNTS 235.

International Law Commission Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> accessed 9 February 2023.

International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf> accessed 9 February 2023.

Model Status-of-Forces Agreement for Peacekeeping Operations (9 October 1990) UN Doc A/45/594.

The Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (adopted 13 Feb 1946, entered into force17 September 1946) 1 UNTS 15.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (adopted 21 March 1986, not yet in force) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf> accessed 9 February 2023.

Charter of the United Nations (signed 26 June 1945, entered into force17 24 October 1945) 1 UNTS XVI.

## *Cases, Decisions, and Resolutions*

*Agim Behrami and Bekir Behrami v France* App no 71412/01 (ECtHR, 02 May 2007).

*Al Jedda v UK* App no 27021/08 (ECtHR, 07 July 2011).

*Askir v Boutros-Ghali* 933 F Supp 368 (SDNY 1996).

*Brzak v United Nations* Docket no 08/2799 (2d Cir 2010).

*Delema Georges v United Nations* (The United States District Court, Sothern District of New York, 09 January 2015).

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (Advisory Opinion) [1999] ICJ Rep 62.

*Groupement d'Entreprises Fougerolle et consorts c CERN* (1ère Cour de droit civile du Tribunal fédéral Suisse, 21 décembre 1992) 102 ILR 20.

Joined Cases C–402/05 P and C–415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I–6351.

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), (*Namibia Opinion*) 1971 <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf> accessed 9 February 2023.

*Manderlier c Organisation des Nations Unies et l'Etat Belge* (ministère des Affaires étrangères), (Cour d'appel de Bruxelles, 15 septembre 1969) 69 ILR 139.

*Nada v Switzerland* App no 10537/08 (ECtHR, 12 September 2012).

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (*Advisory Opinion*) [1949] ICJ Rep 174.

*Stichting Mothers of Srebrenica and Others v The Netherlands* App no 65542/12 (ECtHR, 27 June 2013).

*The State of Netherlands v Hasan Nuhanovic* App no 12/03324 (Supreme Court of the Netherlands, 6 September 2013).

UNGA Res 52/247 (17 July 1998) UN Doc A/RES/52/247.

UNGA Res 71/161 (16 December 2016) UN Doc A/RES/71/161.

UNGA Res 71/161 B (18 July 2017) UN Doc A/RES/71/161 B.

UNGA Res 71/367 (26 August 2016) UN Doc A/71/367.

UNGA Res ES-10/19 (21 December 2017) UN Doc A/RES/ES-10/19.

UNSC Res 875 (16 October 1993) UN Doc S/RES/875.

UNSC Res 940 (31 July 1994) UN Doc S/RES/940.

UNSC Res 1908 (19 January 2010) UN Doc S/RES/1908.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1317-1342

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 15.09.2023
**Revizyon Talebi:** 18.09.2023
**Son Revizyon Tarihi:** 25.09.2023
**Kabul:** 24.11.2024

**ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE**

# İdari Yargıda Emsal Karar-Müstakar Karar ve İçtihat Kavramları Hakkında Bazı Mülahazalar

**Necip Taha Gür***

**Öz**

Bu çalışmada mahkeme kararları, yargılama hukuku açısından tasnif edilerek, bir mahkeme kararının başka mahkeme kararlarına etkisi bağlamında ele alınmıştır. Her mahkeme kararının içtihat özelliği göstermediği ortaya konulduktan sonra, emsal olaylarda benzer karar verilmesinin sağlanması için dikkate alınan ve dolayısıyla bağlayıcı olmayan mahkeme kararları değerlendirilmiştir. Bu minvalde emsal içtihadın hukuki istikrar gereği ikna edici kuvveti ortaya konulmuştur. Emsal olaylara benzer kararlar verilmesi yani bir içtihadın emsal alınmasının hukuk kaynağı olarak değeri Kıta Avrupası Hukuku ve Ortak Hukuk farklılıklarına işaret edilerek açıklanmıştır. İlke barındırmasının yanı sıra istikrar kazanmış bir içtihadın başka kararlara emsal alınması yani müstakar içtihat kavramı, bir Kıta Avrupası yargılama hukuku teorisi olan jurisprudence constante (müstakar içtihat) çerçevesinde ele alınmıştır. Ortak hukuktaki stare decisis (emsal karar) doktrininin Kıta Avrupası Hukuku'ndaki karşılığı olarak kabul edilen jurisprudence constante (müstakar karar) doktrini, hem bir müessese hem de Danıştay kararlarında görülen müstakar içtihat kavramı çerçevesinde incelenmiştir. Müstakar içtihadın nasıl oluştuğu ve bu içtihadın hakimin kararı üzerinde nasıl bir etkide bulunabileceği irdelenmiştir. Yine İdari yargıda mahkemenin müstakar içtihattan sapması sürpriz karar yasağı bağlamında ele alınmıştır. Re'sen araştırma ilkesi ile sürpriz karar yasağının bağdaşabilirliği, muhakeme hukukunun bir dalı olarak idari yargılama hukuku çerçevesinde tartışılmıştır. Türk yargılama hukukuna özgü bir müessese olan içtihadı birleştirmenin, müstakar içtihatla olan bağlantısı yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Böylece mahkeme kararı, içtihat, emsal içtihat, müstakar içtihat ve içtihadı birleştirme kararlarının, muhakeme hukuku bakımından görünümünde, ilke barındıran, dikkate alınan, istikrar kazanmış ve bağlayıcı mahkeme kararı biçiminde başlıklandırmaya gidilerek bu kararlar arasındaki farklılık ve benzerlikler irdelenmiş, aralarında irtibat kurulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler**

Mahkeme Kararı, İçtihat, Emsal Karar, Müstakar Karar, Emsal Karar Doktrini, Müstakar Karar Doktrini

## Some Considerations on The Concepts of Precedent, Constant Jurisprudence and Jurisprudence in Administrative Jurisdiction

**Abstract**

In this study, court decisions are classified in terms of procedural law and examined in the context of the effect of a court decision on other court decisions. After revealing that not all court decisions have the characteristics of jurisprudence, the court decisions that are taken into consideration in order to ensure similar decisions in precedent cases and therefore non-binding court decisions are evaluated. In this respect, the persuasive power of precedent case law as a requirement of legal stability has been revealed. The value of precedent as a source of law is explained by pointing out the differences between Continental European Law and Common Law. The concept of precedent, i.e., the precedent of a case law that has stabilised as well as containing a principle, is discussed within the framework of jurisprudence constant, which is a theory of Continental European jurisprudence. The doctrine of jurisprudence constant, which is accepted as the

* **Sorumlu Yazar:** Necip Taha Gür (Dr. Öğr. Üyesi), Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: necip.gur@yalova.edu.tr ORCID: 0000-0001-6813-6180

**Atıf:** Gur NT, "İdari Yargıda Emsal Karar-Müstakar Karar Ve İçtihat Kavramları Hakkında Bazı Mülahazalar" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1317. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Continental European equivalent of the doctrine of stare decisis (precedent decision) in common law, has been examined within the framework of both an institution and the concept of peremptory precedent as seen in the decisions of the Council of State. Again, the deviation of the court from the case law in administrative jurisdiction is analysed in the context of the prohibition of surprise decisions. The connection of the unification of jurisprudence, which is an institution specific to Turkish procedural law, with the case law is evaluated considering judicial decisions.

**Keywords**
Judicial Decision, Jurisprudence, Precedent, Constant Jurisprudence, Doctrine of Stare Decisis, Doctrine of Jurisprudence Constante

## *Extended Summary*

In this study, court decisions are classified in terms of procedural law and examined in the context of the effect of a court decision on other court decisions. The court decision, as a textual product given by the judge according to law, equity and conscientious conviction, is analysed in terms of containing principles. In a court decision, if the abstract norm is clear and the judge applied it to the concrete case by the deductive method, he/she did not engage in a unique mental action. Such decisions are case decisions or application decisions. In this respect, after it has been demonstrated that not all court decisions have the characteristics of jurisprudence, the court decisions that are taken into consideration in order to ensure similar decisions in precedent cases and therefore are not binding have been evaluated. In this respect, the persuasive power of precedent case law as a requirement of legal stability has been revealed. The value of precedent as a source of law, i.e., the value of a jurisprudence as a source of law, is explained by pointing out the differences between Continental European Law and Common Law. At this point, it has been determined that whether a court decision is bound by other court decisions or not stems from the relationship between the legislature and the judiciary, in other words, from the view of the law and the judge. On the other hand, in addition to the fact that a court decision contains a principle, the notion of a jurisprudence, i.e., the concept of constant jurisprudence, is discussed within the framework of jurisprudence constant (constant jurisprudence), which is a Continental European jurisdictional law theory. While the concept of constant jurisprudence is seen in the decisions of the Council of State as the precedent that courts and even administrations take care to comply with, it has been revealed that this may actually correspond to an institution from French law. In this respect, the doctrine of jurisprudence constant, which is accepted as the Continental European equivalent of the doctrine of stare decisis (precedent decision) in common law, has been analysed within the framework of both an institution and the concept of the case law seen in the decisions of the Council of State. It is analysed how a constant jurisprudence is formed and how this jurisprudence may impact the judge's decision. There is a need for a certain time for the formation of a constant jurisprudence. Case law applied for a certain time will also prove its durability.

The fact that the court-issuing the decision is a higher-ranking court and that the decision is unanimous is important for it to be rendered unanimous. In the decisions of the Council of State, the broad interpretation of the interest of the inhabitants of the town in filing a lawsuit regarding zoning applications, environment, historical and cultural assets, the liability of the administration for acts of terrorism should first be based on fault liability and then, if there are conditions, on strict liability, and in the absence of these cases of liability, an investigation should be conducted according to Law No. 5233. It is argued that the criticism and contributions to be made by the doctrine in the decision review journals will be useful for the follow-up of the constant jurisprudence and criticism of the jurisprudence before it becomes constant. Within the scope of the study, the deviation of the court from the constant jurisprudence in administrative jurisdiction is also discussed in the context of the prohibition of surprise decisions. In one of the decisions of the Council of State, the prohibition of a surprise decision is addressed in the context of the right to be heard, but a surprise decision is a concept that can have a broader meaning. In this respect, making a decision different from the case law without a justifiable reason may violate the prohibition of a surprise decision. The compatibility of the principle of ex officio investigation and the prohibition of surprise decisions has been discussed within the framework of administrative jurisdiction law as a branch of procedural law. It is expected that the judge, who will decide differently from the established jurisprudence, will give the parties the opportunity to present their final statements before rendering his/her decision. The study also evaluates the connection of the unification of case law, which is an institution specific to Turkish procedural law, with the case law considering judicial decisions. As seen in the decisions of the Council of State, if a case law has become a case law, it should not be subject to a unification of the case law decision. In essence, the Council of State wants to prevent the case law from being frozen. This approach of the Council of State also reveals that although the case law is not as binding as the case-law consolidation decisions, it is a case law that is taken care to be followed and has a strong power to convince other courts/judges. Consant jurisprudence is thus explained as a product of the effort to ensure the integrity of case law rather than unifying it.

# I. İlke Barındıran Mahkeme Kararı: İçtihat

## A. Her Mahkeme Kararı İçtihat Mıdır?

Mahkeme kararı, "yargı organının, önüne gelen bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmek amacıyla, uyuşmazlığa ilişkin kişiler ve olaylar ile somut hukuki durumlara ilişkin araştırma, gözlem ve hukukun ne dediğini belirlemek faaliyetinin sonucu olarak, hâkimin vicdani kanaati ile vardığı sonucu, yazılı hüküm olarak tespit ettiği kararlar[1]" şeklinde tanımlanmaktadır[2]. Mahkeme kararının yukarıda geçen tanımındaki vicdani kanaatin temeli, Anayasa'nın 138. maddesindedir. Anayasa'nın 138. maddesine göre "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler".

Danıştay'a göre; *"(İ)dari yargıda mahkemelerce verilecek kararlarda bulunacak hususlar 2577 sayılı Kanunla belirlenmiş olup Türk Milleti adına İdare Mahkemesi tarafından verilen kararların yukarıda belirtilen mevzuatta öngörülen şekle ve usule uygun olarak, söz konusu unsurları barındıran biçimde ve dosyadaki belgelerin ilgili mevzuata göre hukuki irdelemesi yapılmak suretiyle oluşturulması, yargıç tarafından İdari Yargılama Hukuku usul, esas ve ilkeleri, mevzuat ve* ***yargısal içtihatlar ve hukukun genel esasları dikkate alınarak ulaşılan sonuca*** *ve vicdani kanaate göre hüküm kurulması gerekir[3].*

Mahkeme kararlarının Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaate göre verilmesi, oluşum aşaması bakımından kişisel bir çabayla vücut bulduğunu göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bir kararında bu hususa detaylı şekilde yer vermiştir. Şöyle ki bu durum, *"Bir kanun hükmü ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmaz bir unsurdur Hangi hukukun hangi koşullarda uygulanacağının belirlenmesi, hukuka yönelik bu bireyselleştirilmiş yaklaşımın bir parçasıdır. Bu, her biri kendi yetki alanına sahip iki mahkemenin, farklı davaları inceleyerek, benzer olgusal koşulların ortaya çıkardığı aynı hukuki meseleye ilişkin farklı ancak yine de mantıklı ve gerekçeli sonuçlara varabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle mahkemeler arasında ortaya çıkabilecek yaklaşım farklılıklarının, yasal hükümleri yorumlama ve bunları kapsamaları amaçlanan maddi durumlara uyarlama sürecinin kaçınılmaz bir sonucu olduğu kabul edilmelidir[4]"* şeklinde ifade edilmiştir. Tüm bu yaklaşımlar göstermektedir ki mahkeme kararlarında hakimin kişisel bir yaklaşımı söz konusudur ancak bu mahkeme kararlarının hukukun genel esasları gözardı edilerek oluşabilecek

[1] Şekli olarak bir mahkeme kararının nasıl olması gerektiği idari yargı anlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu 22 ila 25. maddelerinde gösterilmiştir. Ayrıca Danıştay Başkanlar Kurulunun 13/04/2018 tarihli toplantısında kabul edilen "Karar Yazım Rehberi" Danıştay dava daire ve kurulları tarafından 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren uygulanmaktadır. Karar yazım rehberi için bkz https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf Erişim Tarihi 18.9.2023

[2] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku,* (14. Baskı Savaş Yayınevi 2021) 59

[3] Danıştay 6 D, 2008/13112, 12.10.2010.

[4] AİHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin v Türkiye, para 85-86.

bir metin olmadığını göstermektedir. Mahkeme kararı bir üst kavramdır ancak kararın içeriğine bakıldığına görülebilecek başka bir kavram vardır ki o da içtihat kavramıdır.

Mahkeme kararı ile içtihadı[5] karşılaştırdığımızda gündelik dildeki kullanım ile teorik açıklamanın farklılık gösterdiğini belirtmek gerekir. Mahkeme kararında esas itibariyle soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanması çabasına girişilmektedir. Dolayısıyla mahkeme kararı, hukuk kuralının somutlaştırılmasıdır[6]. İçtihat da bir mahkeme kararıdır ancak her kararda içtihat bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme kararı içtihattan daha geniş bir kavramdır[7]. Bu bakımdan mahkemece verilmiş her karara içtihat dememiz mümkün değildir. Zira somut olay karşısında hakimin vicdani kanaatine göre vereceği kararda norm ve hakim karşılaşması her zaman içtihat oluşumu sonucunu doğurmayabilir[8]. Hakim, önüne gelen her davada hüküm verme işlevini yerine getirdiği halde bazı davalarda, içtihat üretme işlevi görür. Sadece hüküm verme işlevini yansıtan uygulama kararlarıyla[9] içtihat üretme işlevini de içeren ilkesel kararları ayırt etmek kolay değildir[10]. Çünkü birçok durumda içtihat özelliği gösteren mahkeme kararı, uygulama kararında gizlenmiş halde olabilir[11]. Bu bakımdan mahkeme kararı ile içtihat ayrımı teorik olarak yapılabilirse de uygulamada iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır.

Gözler, idare hukukunun bilgi kaynaklarından bahsederken içtihat yani mahkeme kararı[12] diyerek, içtihat ile mahkeme kararını eş anlamda kullanmıştır. Esas itibariyle bir ilke koyduktan sonra ona uyulabilecek bir prensip geliştiren mahkeme kararına içtihat denir[13]. Dolayısıyla mahkemeler tarafından verilen her kararın değil; sadece kanunun ve diğer mevzuat hükümlerinin yorumlanması ve hüküm bulunmaması halinde boşluk doldurmak suretiyle hukuk yaratılmasıyla elde edilen ve ilkeler içeren hükümlerin (*ilke kararları*) içtihat niteliği bulunmaktadır[14]. Başka bir ifadeyle, belli somut bir hukuki sorun hakkındaki mahkeme kararında, uyuşmazlığın çözümü için mahkemece benimsenmiş hukuki ilke, esas veya prensibi içtihat olarak nitelendirmek

---

5 Mahkeme kararının karşılığı olarak İngilizcede judicial decision veya judgement sözcükleri kullanılmaktadır. Buna karşılık ilke barındıran mahkeme kararı jurisprudence olarak ifade edilmektedir.

6 Nurbanu Erzurumlu Işık, 'Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası', AYBÜ Kamu Hukuku Doktora Tezi (2020) 9.

7 Ali Cavit Zeybek, 'Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri', (1988) (68-69) Danıştay Dergisi, 46, 73.

8 Halim Alperen Çıtak, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri,* (On İki Levha 2020) 8-9.

9 Bu biçimdekiler "olay kararları" olarak da ifade edilmektedir. Bkz Nurbanu, s. 134. Hukuki bakımdan mahkeme kararının içtihat olduğunu ifade eden Özdemir, bir ilkenin sadece o olaya özgü uygulanıp başka olaylarda o ilkenin benimsenmesi durumunda "münferit içtihat" tan bahsedilebileceğini iddia etmektedir. Bkz Selman Özdemir, 'İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme', (2021) 29 (2) SÜHFD 1383, 1390.

10 Çıtak (n 9) 154-155.

11 ibid 219.

12 Kemal Gözler, *İdare Hukuku,* C 1 (Ekin Yayınevi 2019) 3.

13 Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021) 98.

14 Işık (n 7) 134.

gerekir[15]. Dolayısıyla ilgili mahkeme kararı, mevzuatı aşıp, benzer olaylara uygulanabilecek yeni bir hukuk kaynağı özelliğine eriştiğinde, ondan içtihat olarak bahsetmek uygun olur.

Bir mahkeme kararının içtihat özelliği göstermeyebileceği örnek bir karar üzerinden görülebilir. İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin kararında[16], "haftalık çalışma planının hazırlayan davacının onaylanması için (2012 yılından itibaren defalarca) davalı idareye başvurmasına rağmen haftalık çalışma planının onaylanmadığı göz önüne alındığında afiş ve duyuruları usulüne uygun şekilde asmamak fiilinin davacıdan kaynaklanmadığı, davalı idarece onaylanmayan haftalık çalışma planının asılamayacağı anlaşıldığından davacının 5(beş) ihtar puanı cezası ile tecziyesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline" karar verilmiştir. Kararda daha sonraki benzer uyuşmazlıklar bakımından ilke barındıran bir hükme yer verilmeyip sadece soyut mevzuat hükmünün somut olaya uygulanması durumu söz konusudur.

## B. İçtihadın Oluşumu

Sözlükte "çaba göstermek, bütün gücünü kullanmak, ısrarlı olmak, zahmet çekmek" anlamındaki cehd kökünden türeyen ictihâd "bir konuda elden gelen çabayı sarfetmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak" demektir[17]. Hukuki anlam bakımından içtihat mahkemeden sadır olan bir metindir ve dolayısıyla hakimin zihni bir ürünüdür.

Bir mahkeme kararında yer alan hukuk ilkesinin içtihat niteliği taşıması için, birden fazla kararda benimsenmesi, öğreti tarafından doğrulanması veya yargısal teamül haline gelmesi şart değildir[18]. Bir yargısal içtihadın ortaya çıkması için tek bir yargı kararı esasında yeterlidir[19]. Ancak farklı bir görüş, içtihattan bahsedebilmek için onun süreklilik kazanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe sahip Karahanoğulları'na göre, *"Danıştay'ın her kararı bir içtihat oluşturmaz. "Müstakar içtihat" söyleşi de anlamsızdır. Karar bulmadıkça, bir yerde sabit ve sakin olmadıkça, kararların içtihat olması zaten mümkün değildir"*[20]. Benzer düşünceden hareketle Yeşilyurt da "*ilke, kavram ve kategoriler bir dizgeye oturtulabildiği ölçüde, yargı uygulaması içtihada yakınlaşır. Türdeş kararların aralıksız sistemleştirilmesiyle içtihada erişilebilir. Sistemleştirilen yargı kararları ilkelerle birbirine bağlanır ve bir*

[15] Fahrettin Kayhan, 'Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü', (1999) (2) TBBD 341, 343-344.

[16] İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 2015/920, 31.3.2016, https://www.ahef.org.tr/upload/files/14980349-3adb-43ba-855f-232e03dac87d.pdf, Erişim Tarihi 2.9.23.

[17] Diyanet İslam Ansiklopedisi, 'İçtihad'.

[18] Kayhan (n 16) 345.

[19] Çıtak (n 9) 156.

[20] Onur Karahanoğulları, 'Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi), http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf, Erişim Tarihi 30.5.23.

*iskelet halinde içtihadı oluşturur"*[21]. Kanımızca bir yargısal kararın içtihat özelliği göstermesi yerleşik olmasından farklı bir durumdur. Sistemleşip yerleşik hale gelen yargı kararı[22] zaten bünyesinde ilkeyi de barındıracağından içtihat olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu durum mahkemelerin kararını verirken dikkate alacağı bir tutunma noktasıdır. Hakim kararını yazarken bir sonraki mahkeme kararlarını etkileyeceği düşüncesiyle hareket etmediğinden, kararını verdiği anda bir içtihat oluşturmuş olabilir.

Diğer taraftan kararı veren mahkemenin derecesi, mahkeme kararının içtihat sayılmasında kural olarak önemli bir unsur değildir. Ancak bu durum içtihadın bağlayıcılık kudretinin belirlenmesinde dikkate alınabilir[23]. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinden sadır olan bir mahkeme kararı içtihat özelliğini gösterebilir fakat bu kararın diğer mahkemelerce dikkate alınması noktasında yüksek yargı yerlerinin kararları kadar etkisi olduğunu söylemek güçtür[24].

İçtihat kural koyma ya da bir yorumdur. Örneğin 1961 Anayasa'sından önce idarenin sorumluluğuna ilişkin Anayasa'da bir madde bulunmazken, idarenin eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğu kanun boşluğunu doldurma ve kanun niteliğinde bir kural koymadır. 1961 Anayasası'ndan sonra ise idarenin sorumluluğunun kanuni bir dayanağı olması sebebiyle yargısal içtihat kural koyma değil artık bir yorumdur[25]. Buradan hareketle sosyal risk ilkesinin terörden kaynaklanan zararların tazmininde kabul edilmesi yorum yoluyla içtihat oluşturma faaliyeti kabul edilebilir. Ancak 2004 yılında yürürlüğe giren Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunla[26] birlikte Danıştay, bu kanunun sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali olduğunu içtihat etmiştir[27]. Esasında bu durum Kıta Avrupası hukuk sisteminde kanunun önceliği prensibinin de bir gereğidir. Zira 19. Yüzyıl Avrupası'nda, mahkemelerinin rolünün norm üretmek değil, önüne gelen uyuşmazlıkları çözmek olduğu ifade ediliyordu. Kuvvetler ayrılığına dayanan bu keskin anlayış, Fransız devriminden önce kral tarafından manipüle edilen mahkemelere duyulan genel bir güvensizlikten kaynaklanmaktaydı. Hukukta kesinlik ve bütünlük idealleri yargıda keyfi kararlara yer bırakmamak iradesi yasama tarafından tesis edilen hükümlerin matematiksel kanonlar (kurallar) olarak formüle edilmesi anlamına geliyordu[28]. Dolayısıyla anayasada bir hüküm ya da bir alanda kanuni düzenleme söz konusu

[21] Nazile İrem Yeşilyurt, 'Türkiye'de İdari İşlem Kuramı İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme' AÜSBE Kamu Hukuku Doktora Tezi (2017) 144.

[22] Bu konuda bkz III. İSTİKRAR KAZANMIŞ MAHKEME KARARI: MÜSTAKAR İÇTİHAT

[23] Kayhan (n 16) 345.

[24] Bu mesele için bkz II. DİKKATE ALINAN MAHKEME KARARI: EMSAL İÇTİHAT

[25] Zeybek (n 8) 65-67.

[26] RG, 27.7.2004/25535.

[27] Örnek olarak bkz Danıştay 15 D, 2012/189, 18.10.2012.

[28] Vicy Fon, Francesco Parisi, 'Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis' International Review of Law and Economics, Forthcoming George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15 Minnesota Legal Studies Research Paper No 07-19 (2004) 4.

ise yorum yoluyla içtihat geliştirilebilir fakat hakim eliyle hukuk yaratmaya girişilemeyecektir. Ancak burada da hakimin mantıki akıl yürütmeyle soyut hükmü somut olaya uygulaması, ortaya bir içtihadın çıktığı anlamına gelmeyecektir. İçtihat, normun olduğu ama anlamının belirsiz olduğu durumda yorum yaparak ortaya çıkabildiği gibi normun bulunmadığı bir konuda boşluk doldurmak suretiyle de oluşabilir[29]. Örneğin idare hukuku alanında belli alanlarda kanunlar bulunmaktadır. Ancak idari işlem, idari sözleşme, düzenleyici işlem, idari sorumluluk, kamu hizmeti, kolluk faaliyeti, kamu malı gibi konularda genel kanun metinleri bulunmamasına rağmen, bu alanlar mahkeme içtihatlarıyla oluşturulmuştur[30].

## II. Dikkate Alınan Mahkeme Kararı: Emsal İçtihat

Emsal içtihadın, çoğunlukla tarafların farklı olduğu sonraki bir yargılamada çözüme kavuşturulması gereken hukuki mesele ile aynı olması halinde dikkate alınması önem taşımaktadır[31]. Bu bağlamda bir mahkeme kararının benzer olaylarda bağlayıcı olup olmadığı ya da kararını veren hakimi ne yönde etkileyeceği problemi söz konusudur. Bir mahkeme kararı daha sonraki uyuşmazlıklarda dikkate alınıyorsa esasında o mahkeme kararının ilke barındıran bir özelliği olması gerektiği kabulünden hareket edilmelidir.

### A. Emsal Olaylara Benzer Kararların Verilmesi Sorunsalı

Emsalin evrensel olduğunu söylemek esasında makul bir düşüncedir. Hakimlerin verdikleri kararlar, gelecekteki benzer senaryolar için bir 'emsal' oluşturabilmektedir. Bir anne çocuklarından birinin yemeğini bitirmeden tatlı yemesine izin verirse, kardeşinin de daha sonra benzer bir muamele istemesi muhtemeldir. Böylece soyut anlamda, aslında emsal evrenseldir. Yani minimalist anlamda emsal, zaman ve mekandan bağımsız olarak tüm hukuk geleneklerinde geçerlidir. Ancak belirli bir emsalin neden, ne zaman, nasıl ve ne ölçüde emsal olduğunu bildiren doktrin tarihsel bir düşüncedir ve belirli bir gelenekle bağlantılıdır[32]. İşte bu konuda emsal karara uymanın zorunlu olduğu Ortak Hukuk ile Kıta Avrupası Hukuku farklılık göstermektedir.

"*(İ)dare hukukunun 'içtihat hukuku' olduğu yönündeki genel kabul gören iddiayı, Common Law sistemi ile farklılıklarını gösteren birkaç düzeltme ile anlamak gerekir. Gerçek anlamıyla içtihat hukuku, örnek karara (emsale) uymanın hukuken zorunlu*

[29] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Çıtak, İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri.

[30] Gözler (n 13) 69.

[31] Işık (n 7) 135.

[32] Rodrigo Camarena González, 'From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism' (2016) 7 (2) Transnational Legal Theory 257, 267.

*olmasıdır"*[33]. Kıta Avrupası Hukuku anlamında idare hukuku uygulamasının bir içtihat hukuku niteliği kazanmasının imkansız olduğu ifade edilmektedir[34]. Çünkü emsal yargı kararlarının bağlayıcı olmaması Kıta Avrupası Hukuk sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandırılmakta ve bunun kanunilik ilkesine bağlı olmanın bir sonucu olduğuna işaret edilmektedir. Emsal kararların bağlayıcılığının kabulüyle birlikte mahkeme kararları ile fiilen hukukun şekillenmesine ve böylece giderek hakimlerin kanun koyucu yerine geçmesine sebebiyet verilebilir[35] endişesi dolayısıyla mahkeme, yargı yeri tarafından verilen bir önceki kararla değil[36] halen ilk kaynaklara yani anayasa ve kanuna dayalı şekilde kararını vermektedir. Bu bakımdan içtihat hukuku olmasının da önü kesilmiş gibi durmaktadır[37].

## B. Emsal İçtihadın Etkisi

İçtihat idare hukukunda asıl kaynak olabileceği gibi yardımcı kaynak da olabilir. Hakimin önünde yazılı kaynak olmaması durumunda idare hukukunun temel ilke ve kavramlarını kullanırken içtihatlar asli kaynak iken, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin varlığı durumunda yardımcı kaynaklardandır[38]. Dolayısıyla mahkeme kararları, aşağıda ayrıca belirteceğimiz içtihadı birleştirme kararları dışında bağlayıcı değildir. Mahkeme kararının bir başka mahkeme hakimi tarafından bağlayıcı olmadığı ve dolayısıyla benzer konularda farklı kararlar verilebileceği Anayasa'da da zımnen kabul edilmiştir. Anayasa madde 138/1'de hâkimlerin *"Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak* ***vicdanı kanaatlerine göre*** *hüküm ver*(ecekleri)*"* belirtilmiştir. Bu hükmün ışığında her somut olayda adaletin, hâkimin veya mahkeme heyetinin vicdani kanaatine göre, önceki olaya benzerlik gösterse dahi farklı yönde karar verilebilmesi mümkündür[39]. Anayasa Mahkemesi *"Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur"*[40] şeklindeki belirlemeyle farklı kararlar verilmesinin hukuk sistemi bakımından olumsuz bir hal olmadığını vurgulamıştır. Ancak bu durum yargılama rejimimizde Kıta Avrupası Hukuk sistemi kaynaklı benimsenen tarihi arka plan dolayısıyladır.

İçtihadın bağlayıcılığı noktasında iki ayrı sistemden bahsedilmektedir. Bunlar Ortak hukuk sistemindeki stare decisis (emsal karar doktrini) ve Kıta Avrupası

[33] Nazile İrem Yeşilyurt 'Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri', (2014) 32 İnsan Hakları Yıllığı 1 3-4.

[34] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, (Turhan Yayıncılık 2022) 133.

[35] Işık (n 7) 151.

[36] Türk yargı uygulamasına özgü içtihadı birleştirme kararlarının varlığını, gelişimin Türkiye'de farklı yönde olduğuna delil gösterebiliriz. Bu konuda bkz IV. BAĞLAYICI MAHKEME KARARI: İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI.

[37] V Fon, F Parisi (n 29) 4.

[38] Gözler (n 13) 82.

[39] Çınar Can Evren, 'Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar', (2019) 2 113 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 113, 122.

[40] Anayasa Mahkemesi Ercan Din Başvurusu Başvuru No 2014/94, para 59.

Hukuk sisteminde jurisprudence constante (yerleşik içtihat) doktrinidir[41]. Yargı doktrini olan jurisprudence constante, Ortak Hukuk (common law) doktrini olan stare decisis'in Kıta Avrupası Hukuku'ndaki karşılığıdır. Her iki doktrin de 19. Yüzyılda mahkemelerin benzer davalar hakkında karar verirken serbest davranmasını eleştiren hukuki pozitivist hareketten kaynaklanmıştır. Stare decisis tutarlı ve istikrarlı bir yargılama sağlayan doktrin haline geldiyse de jurisprudence constante için bunu söylemek çok da mümkün değildir[42].

Jurisprudence constante ve stare decisis doktrinlerini karşılaştıracak olursak, Ortak Hukuk versiyonunun Kıta Avrupası Hukuku'ndaki muadiline göre anayasal olarak daha güçlü bir şekilde yerleşmiş olduğuna işaret etmek gerekir. *Stare decisis* sadece hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak görülmez, aynı zamanda önceki örnek davaları (yani emsal kararları) takip edersek istikrar, öngörülebilirlik ve hukuka güven değerlerinin sağlanacağı fikrinden kaynaklanan hukukun üstünlüğü ile neredeyse eş anlamlı olarak algılanmaktadır. Ortak hukuktan farklı olarak, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ise *jurisprudence constante* genellikle hukukun eşitliği ile ilgili maddelerde anayasal olarak yerleştirilmiş gibi anlaşılmaktadır. Diğer taraftan *stare decisis'in, jurisprudence constante'den* anayasal olarak daha güçlü bir şekilde yerleşmiş olması, Ortak Hukuk ülkelerindeki insanların hukuk bilincinde hakimlerin, mahkemelerin ve onların içtihatlarının geleneksel ve tarihsel önemini gözönüne aldığımızda şaşırtıcı değildir. Hukuk alanında da küreselleşmeye ve hukuk dünyasında iki büyük hukuk ailesinin yavaş yavaş birleştiğini savunan bazı fikirlere rağmen, iki hukuk ailesinde uygulanan söz konusu iki doktrin arasındaki önemli farklılıklar hala devam ediyor gibi görünmektedir[43].

*Precedent* ve *jurisprudence* kavramlarının Türkçe'de içtihat kavramıyla anlaşılması da meseleyi daha karmaşık hale dönüştürmektedir. İçtihadın ilk anlamı, emsal alınacak ilke barındıran mahkeme kararıdır. Bu ise ortak hukuk sistemindeki precedent kelimesine karşılık gelmektedir. Ortak hukuk sisteminde içtihat hukuku aslında içtihat ile oluşmuş geleneği anlatır ve emsal karara uymanın hukuken zorunlu olmasına dayanmaktadır. Üst mahkemenin verdiği karar, alt mahkeme tarafından değiştirilemeyeceğinden bağlayıcı emsal *(binding precedent)* oluşturur. Diğer yandan mahkemeler, kendilerinin aynı konuda daha önce vermiş oldukları kararları da güçlü ve haklı bir neden olmadıkça terk edemezler *(persuasive precedent)*. Dolayısıyla, emsal yargı kararları, hukukun kaynakları arasında yer almaktadır[44]. Buna karşın Kıta Avrupası'nda emsal karar doktrini benimsenmediğinden, kararı veren mahkeme

[41] Yerleşik İçtihat hem bir doktrin hem de istikrar kazanmış mahkeme kararını ifade eden kavramdır. Bu konuda bkz III. İSTİKRAR KAZANMIŞ MAHKEME KARARI: MÜSTAKAR İÇTİHAT A. Anlam ve Oluşumu

[42] Marko Novak, 'Ensuring Uniform Case Law in Slovenia: Jurisprudence Constante, Stare Decisis, and a Third Approachs' 2018 (XXVII) 1 Studia Iuridica Lublinensia, 131, 131.

[43] Novak (n 43) 134.

[44] Yeşilyurt (n 22) 145.

dahil, hiçbir mahkeme, içtihadi kurala uymak zorunda değildir[45]. Oysaki ortak hukuk sisteminde, içeriğinde ilke barındıran precedent yani ilke kararlarıyla mahkemeler bağlıdır. Bu bakımdan bir mahkeme kararının diğer olaylar bakımından bağlayıcılığı yok ise sistemimizde emsal karara precedent[46] denmesi isabetli değildir.

Bir olayda şartlar aynı iken daha önce verilmiş karara aykırı yönde karar verilmesi durumunda, hakim tarafından bunun gerekçeleri açıklanmadığı takdirde, ilk etapta hakimin tarafsızlığından şüphelenilebilir. Dolayısıyla emsal kararlara uyma, emniyet ve istikrarı sağlar[47]. Diğer taraftan hukukun yeknesak şekilde uygulanabilmesi için, mahkemelerin aynı olaylara ilişkin vermiş oldukları kararların birbiri ile tutarlı olması beklenen bir durumdur. Benzer durumlarda, aynı mevzuatın uygulandığı uyuşmazlıklarda farklı kararların ortaya çıkması kanun yolları aşamalarında engellenmeye çalışılmaktadır[48]. Bu yönüyle hakimler bakımından daha önce verdiği karara uyma konusunda varsayımsal bir bağlayıcılık olduğu iddia edilebilir[49]. Dolayısıyla emsal karar tutunulan bir kerteriz[50] noktasıdır. Dengeyi kaybetmemek, tutarlı biçimde ilerlemek için bu nokta önemlidir ancak denizde neyle karşılaşacağını bilemeyen hakim yeni bir içtihat etme faaliyetine girişerek kerteriz noktasından da sapabilir.

## III. İstikrar Kazanmış Mahkeme Kararı: Müstakar İçtihat

Kıta Avrupası hukukunda emsal kararların bağlayıcılığı söz konusu olmadığından, içtihat bütünlüğünü sağlayacak kavram ve müesseselere ihtiyaç duyulmuştur. Müstakar içtihat aşağıda incelenecek içtihadı birleştirme kararlarından farklı olarak bağlayıcılığı bulunmayan ama içtihat bütünlüğünü sağlayıcı bir yargı mekanizması olarak ele alınmıştır.

### A. Anlamı ve Oluşumu

Bir kararın müstakar içtihat sayılabilmesi için, ilmi yeterlikleri kabul edilmiş doktrinin bu kararları doğru bulmaları veya mahkemelerin öğretinin kanaatlerini yanlış bularak kararlarında sebat etmiş olmaları ve de kararın ilgili yerlerde yayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre *"Alimler bazen bir içtihadı ilgili muhite*

---

45 Çıtak (n 9) 158.

46 Alman yargılama usulünde kullanılan präjudiz kavramı, önceki davanın gelecek davalar üzerindeki sonuçlarını anlatmaktadır. Ancak yeterli bir çeviri bulmak da zordur. Kavram precedent ve prejeduce yani emsal ve önyargı kavramının karışımıdır. Bkz Clara Günzl, 'Case Law in Germany: The Significance of Seuffert's Archiv', William Eves, John Hudson, Ingrid Ivarsen, Sarah B. White (ed) *Common Law, Civil Law, and Colonial Law Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Centuries* (2021) 212-213.

47 Mustafa Reşit Belgesay, 'Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri' (1960) 10 Adalet Dergisi, 815, 816.

48 Özdemir (n 10) 1390.

49 Işık (n 7) 139.

50 Balıkçıların denizin sığ yerlerini belirtmek için koydukları işaret.

*yayınlanmış yazılarında vazıhan doğru bularak müdafaa ederler. Bu halde adlî örf birden teessüs eder. Bazen de âlimlerin karara iştirâkı açık olmaz, sadece itiraz eden bulunmaz, avukatlar içtihadı ileri sürerler, mahkemeler fazla düşünmeden ona göre karar verirler. Bu halde bir içtihat zamanla bir çok defa tekrarlanmakla ve içtihatları yayınlayan mecmualarda yazılmakla yavaş yavaş teessüs eder"*[51].

Danıştay'ın bir kararına göre "Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol, yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi, bazı hallerde içtihadın müstakar hale gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır *(Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. Zielinski and Pradal and Gonzalez ve Digerleri/ Fransa [BD], B. No: 24846/94 ... 34173/96, 28/10/1999, § 59; ve Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008)*[52].

Yine Danıştay'a göre *"...yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları yargı organlarını bağladığı gibi, idareyi de bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu kararlar yönünde işlem tesisine zorunlu bulunmaktadır. Bunun dışındaki* ***kesin yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır****. Benzeri olaylarda bu yargı kararları doğrultusunda işlem tesisi zorunlu olmamakla birlikte, bu olaylar hakkındaki yargı kararları yerleşik hale gelmiş ise artık, idareler açısından bu kararlar emsal alınmayı gerektiren kararlardır. İdarenin, benzeri olaylarda yerleşik hale gelmiş yargı kararları doğrultusunda hareket etmesi, hukuka bağlı ve saygılı olmasının bir gereği olduğu gibi, lüzumsuz davaların açılmasını önlemesi bakımından ve dava ekonomisi açısından da uyulması gereken bir kural olmalıdır. Bu nedenle, idari yargı yerince verilen bir kararın, dava konusu işleme benzer ve dava konusu yapılmamış olan işlemler yönünden de emsal alınmasında hukuksal bir engel bulunmadığı sonucuna..."*[53] varılmıştır.

Müstakar içtihada, kökleşmiş, istikrar kazanmış içtihat denilmektedir ve müstakar içtihat, uyulmasına özen gösterilen içtihattır[54]. Belgesay'a göre "münferit içtihatlar formel bir hukuk kaidesi kabul edilemezse de istikrar bulmuş, doktrince tasvip edilmiş içtihatların formel hukuk kaidesi olması zarureti bulunur"[55]. Medeni yargılama yönüyle değerlendirmede bulunan Erzurumlu'ya göre ise mevzuatta hakimin yararlanacağı içtihatların müstakar olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen öğretideki hakim görüşün, hakimlerin karar verirken yararlanacakları içtihatların yerleşik olması gerekmektedir[56]. İçtihadı münferit içtihat ve müstakar içtihat olarak

[51] Belgesay (n 48) 817.

[52] Danıştay 13 D, 2016/3988, 9.2.2017

[53] Danıştay 1 D, 1997/123, 24.9.1997; Danıştay 1 D, 1996/172, 30.9.1996.

[54] Zeybek (n 8) 91.

[55] Belgesay (n 48) 816.

[56] Işık (n 7) 135.

ele alan görüşe göre, "müstakar içtihat" kavramı, pek çok olayda aynı hukuki ilkenin benimsenmesini, "münferit içtihat" kavramı ise sadece o olaya özgü olarak o ilkenin uygulanmasını, başka olaylarda o ilkenin benimsenmemesini ifade etmektedir[57].

Oluşan bir içtihat alt sınırdan üst sınıra, hayatın ve çeşitli olayların içinden geçerek kurallaşır. Böylece yargısal içtihat artık yerleşmiş içtihat olarak hukuki hayatta kendini gösterir[58]. Ancak içtihadın yerleşmesi için genellikle en az birkaç davanın geçmesi gerekir. Bu sebeple derhal veya doğrudan etkisi de bulunmamaktadır. Diğer taraftan mahkemelerin gelecekteki durumlar için her zaman tutarlı bir biçimde emsal kararları takip etmemeleri nedeniyle erga omnes etkileri daha zayıftır[59].

Bir mahkeme kararını emsal içtihat kılan birtakım iç ve dış etkenler söz konusudur[60]. İlk olarak hakimin genel ve soyut kural oluşturma çabası içerisine girmesi yani ortada bir içtihadın olması ve bunun da kararın yazım şekline yansıması gerekir. Diğer taraftan içtihadın kararlarda kullanılarak benimsenmesi ve böylece dayanıklılığını ispat etmesi de gerekir. Ayrıca hükmü veren mahkemenin derecesi, oluşturduğu içtihadın yerleşmesinde önemlidir. Diğer bir deyişle yüksek dereceli mahkemenin içtihadının yerleşmesi, alt derece mahkemesinin içtihadına göre daha kolaydır. Tüm bunların yanında karara imza atan hakimlerin oybirliğiyle karar almaları da bir etken olarak kabul edilebilir.

Duran'a göre Türk idare hukukunun kaynakları arasında mahkeme içtihatları birinci sırada yer alması gerekirken içtihatların birleştirilmesi usulüne rağmen, bunlarda istikrar ve istimrar sağlanmadığından birçok alanda kanunlar önde gelmektedir[61]. Duran böylece kanunilik ilkesinin içtihadı, ikincil bir kaynak konumuna getirdiğine işaret etmektedir. Bu temeli farklı kaynaktan da okuyabilmek mümkündür. Nitekim Montesquieu'ya göre, yasa yapma yetkisi yasama organına aitti ve her hakimin sadece kanun sözcüsü olması gerekiyordu. Montesquieu ünlü eserinde zamanının sorunlarını dile getirmiş, böylece normatif bir bakış açısıyla bir çözüm öngörmüştür. Daha sonra, devrimden önce Fransız kralı tarafından manipüle edilen parlement'lere (o zamanki kraliyet mahkemeleri) duyulan genel güvensizlik nedeniyle, kuvvetler ayrılığına ilişkin katı bir anlayışa sahip olan "yasanın ruhu" devrim boyunca korunmuştur[62]. Böyle bir düşünce üzerinden hareket eden Kıta Avrupası bakışında, içtihatların bağlayıcı olmadığı meselesini de bu yönüyle değerlendirmek gerekir.

Öte yandan, Avrupalı hukukçular yavaş yavaş kodifiye edilmiş hukuktaki kesinlik ve bütünlük ideallerine ilişkin sağlıklı bir şüphecilik geliştirmişlerdir. Devrim öncesi

57 Özdemir (n 10) 1390.

58 Zeybek (n 8) 86.

59 Novak (n 43) 135.

60 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Zeybek (n 8) 94-95.

61 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 29.

62 Novak (n 43) 132.

rejimlerin suiistimallerine ilişkin anılar azalmaya başladıkça, yargının rolüne ilişkin ideolojik kaygılar da yatışmıştır. Kıta Avrupası hukuk sistemleri böylece kendi yargı uygulamalarında, bir dizi benzer davanın bir hukuk kaynağı olarak ikna edici bir güç kazandığını ve gayri resmi bir emsal hukuk sistemine kademeli olarak bağlandığını kabul etmiştir. Bu yargısal uygulama, hukuk sisteminde kodifikasyonların başaramadığı kesinlik, tutarlılık ve istikrarı teşvik etmenin ve aynı zamanda adaleti sağlama maliyetlerini en aza indirmenin bir yolu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yasal gelişim yolu, bir mahkemenin geçmiş kararlarının ancak önceki içtihatlarda yeterli yeknesaklık varsa dikkate alması gerektiğine dayanan bir doktrin olan *jurisprudence constante'*yi doğurmuştur. « Jurisprudence constante », "ständige rechtsprechung"[63], "constant jurisprudence" olarak da ifade edilmektedir.

Yeknesak bir içtihat hukuku geliştiğinde, mahkemeler emsal kararları ikna edici bir hukuk kaynağı olarak değerlendirir ve bir karara varırken bunları dikkate alır. Geçmiş içtihatlardaki yeknesaklık düzeyi ne kadar yüksekse, içtihadın ikna edici gücü de o kadar yüksek olur. Dolayısıyla, herhangi bir hukuki meseleye ilişkin kararların bir araya getirilmesinden kaynaklanan önemli bir otorite gücü vardır[64]. Böylece içtihatların etkileri konusunda başka müesseselere ihtiyaç duyulduğundan *jurispudence constante* ilkesi öne sürülmüş ve buna göre de emsal kararlar tekrarlanıp yerleşik hale gelse dahi mevzuatın önceliği kabul edilmiştir. Bu doktrin, yüksek mahkemelerin tutarlı bir içtihat silsilesini gerektirmektedir, ancak tekrarlandığında bile içtihatların rolü sadece ikna edicidir[65]. Belirli bir içtihada atıfta bulunma veya açıkça atıfta bulunma şeklinde bir yargı uygulaması yoktur, ancak sürekli bir içtihat silsilesi yargısal karar alma sürecinde ilgili ve genellikle belirleyici bir faktör haline gelir[66].

Yerleşmiş içtihat, tek biçimliliği, emek tasarrufunu, öngörülebilirliği sağlar ve yargı yerlerinin iş yükünü azaltabilir.[67] Esasında İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında bir dönem yayınlanan mahkeme karar kronikleriyle[68] yapılmak istenen hususun, yerleşik içtihatları değerlendirmeye ve izlemeye almak, böylece yerleşik içtihadın takibini kolaylaştırmak olduğu iddia edilebilir.

Karahanoğulları'na göre; "Danıştay'ın her kararı bir içtihat oluşturmaz. 'Müstakar içtihat' söyleşi de anlamsızdır. Karar bulmadıkça, bir yerde sabit ve sakin olmadıkça, kararların içtihat olması zaten mümkün değildir. İçtihat hukukunun geçerli olduğu

63 ibid 132.

64 V Fon, F Parisi (n 29) 5.

65 González (n 33) 262.

66 V Fon, F Parisi (n 29) 5.

67 Zeybek (n 8) 95-96.

68 Bkz Lütfi Duran, 'Mahkeme Kararları Kroniği (İdarenin Malî Külfet Yüklenmesi)', (1964) XXX İÜHFM, 988-1000; Sait Güran, 'Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Hukuku (Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği meselesi)' (1964) XXX (3-4) İÜHFM, 1000-1034; Yıldızhan Yayla 'Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi' (1964) XXX (3-4) İÜHFM, 1034-1048.

sistemlerde, precedent terimiyle karşılanan içtihat, a legal decision serving as an authoritative rule or pattern in similar cases that follow, yani izleyen benzer olaylarda bağlayıcı kural olarak kullanılacak karar anlamına gelir. Yargıçlar, kararlarını kanunda bir dayanak bulunmayan durumlarda, eski kararlarına dayandırırlar ve yeni kararlarında bunu açıkça yazarlar. İçtihat hukukunun en önemli özelliği, benzer durumlarda eski kararlarından farklı bir sonuca varmak isteyen yargıcın, bunu kararında sağlam ve açık biçimde gerekçelendirmek zorunda olmasıdır. Hukukun en önemli özelliği iç tutarlılık ve öngörülebilirliktir. İçtihat hukuku da bunun güvencelerinden biri. Bizim idare hukuku uygulamamızın, yazarların "idare hukuku bir içtihat hukukudur" saptamalarına karşın, açıkladığımız anlamıyla bir içtihat hukuku niteliği kazanması imkansız görünmektedir. Özellikle Danıştay kararlarının seçilerek yayınlanıyor olması ve Danıştay'ın bu durumdan güvence alarak kimi kararlarında önemli istisnalar yaratması bu imkansızlığın temel nedenidir"[69]. Bu düşünceyi idare hukukunun bir içtihat hukuku olmadığını ifade ettiğinden kısmen kabul etmek gerekir. Ancak içtihadın mutlaka müstakar olması gerektiğine katılmak mümkün değildir. Zira içtihadın müstakar olması onun ikna gücüyle ilgili bir husustur. Tekrarlanmamış bir yargı kararı ilke barındırarak içtihat niteliği gösterebilir.

Kıta Avrupası hukukunda ortak hukukunun aksine emsal kararların bağlayıcılığının olmadığını ifade etmiştik. Bunun yerine içtihat bütünlüğünü sağlayıcı Fransız hukukunda geçerli olan *jurisprudence constante* ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre emsal kararlar tekrarlanıp yerleşik hale gelse dahi mevzuatın önceliği söz konusudur. Bu doktrin, yüksek mahkemelerin tutarlı bir içtihat silsilesini gerektirmektedir ancak tekrarlandığında bile içtihatların rolü sadece ikna edicidir[70].

*Jurisprudence constante* müessesesinin üç temel özelliği vardır. Birincisi, mevzuat merkezliliktir. Sadece mevzuatın yargısal içtihattan üstün olduğunu değil, aynı zamanda içtihadın yargılama üzerinde bir ağırlığı varsa bunun sadece mevzuattan kaynaklandığını ima eder. Dolayısıyla mevzuat, içtihadın hangi durumlarda hukuk kaynağı teşkil edeceğini düzenlemektedir. İkinci olarak, içtihadın tekrarlanması, ona bir hukuk kaynağı niteliği kazandırmak için bir gerekliliktir. Son olarak teoriye göre emsal, bağlayıcı olmaktan ziyade ikna edici bir hukuk kaynağı olarak kalır[71].

Kıta Avrupası hukukunda yargısal gerekçelendirmenin bir özelliği metinsel olmasıdır. Metinsel unsurlardan ilki, bu mahkemelerinin bir davanın gerekçelerini belirlemeye yönelik kanonik normlar yayınlama uygulamasıdır. İkincisi ise, salt metin olarak hükümler ile belirli bir dava için metinlerin yorumlanmasının sonucu olarak verilen kararlardır[72]. Başka bir ifadeyle mahkeme kararı metninde ilkeler

[69] Karahanoğulları (n 21) 3.

[70] González (n 33) 262.

[71] ibid 263.

[72] ibid 273.

belirlenebilir ve/veya yorumda bulunabilir. Örneğin tamamen içtihadi temele dayanan idarenin sorumluluğuna dair bir olay mahkeme, hizmet kusurunun şartlarını açıklarken bir kanonik norm yayınlamış olmaktadır. Diğer taraftan tesis edilen idari işlemin mevzuatta öngörülen sebebinin gerçekleşmeni ve bu sebeple de işlemin konu unsuru bakımında sakat olduğunu tespit ederken soyut hükmü somut olaya uygulayıp yorumda bulunmaktadır.

Tüm bu anlatılanlar ışığında ifade etmek gerekir ki, Danıştay kararlarında ifadesini bulan müstakar içtihat veya yerleşik içtihat kavramı, bir Kıta Avrupası hukuk mahkemesinde *jurisprudence constante* müessesesi gereği müstakar içtihat, öncesinde aslında emsal alınmayla yerleşiyor. Bu yönüyle müstakar içtihat, tekrarlanıp yerleşik hale gelen bir olayda esas alınan emsal içtihat olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla idari yargı uygulamamızdaki müstakar içtihat yaklaşımından anlaşılması gereken de *jurisprudence constante* kavramıdır. Bu kavram hem bir müessese hem de emsal alınarak yerleşen ve ilke barındıran mahkeme kararı için kullanılmaktadır.

Danıştay kararlarında geçtiği biçimiyle müstakar içtihada işaret eden birkaç yargı kararını aşağıda dikkatlerinize sunmak isterim.

*"Çevrenin, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda, belde veya semt sakini sıfatıyla açılan davalarda, dava açma ehliyetinin daha geniş yorumlanmak suretiyle belirlenmesi gerektiğine ilişkin Danıştay kararları yerleşik içtihat niteliği kazanmıştır.*[73]*"* İYUK md. 2'de yer bulan menfaat kavramının sınırları içtihatlarla çizilmişti. Böyle bir kararla hem ilk derece yargı yerleri belde sakini olma durumunu imar ve şehircilik gibi konularda geniş yorumlamakta hem de bu konuda içtihatların birleştirilmesine de lüzum bulunmamaktadır.

*"Dairemizin konuyla ilgili yerleşik içtihadı da; terör eylemi sonucu bir zararın ortaya çıkması durumunda, öncelikle söz konusu olayın meydana gelmesinde idarelere atfı kabil bir hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk hallerinin bulunup bulunmadığının araştırılması, idarenin gerek hizmet kusuru gerekse kusursuz sorumluluk hallerinin olayda bulunmaması durumunda 5233 sayılı Kanun kapsamında gerekli inceleme ve araştırma yapılarak karar verileceği yönündedir.*[74]*"*

*"Yerleşik yargısal içtihatlara göre, hukuka aykırılığı saptanan idari işleme dayalı olarak hükmedilecek maddi ve manevi tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, genel olarak idarenin temerrüde düştüğü tarih de olan işlem tarihi olduğu kabul edilmekle birlikte, davacı tarafından dava dilekçesinde yasal faizin başlangıç tarihinin belirtilmemesi halinde, iptal davasının açıldığı tarihten itibaren faize*

[73] Danıştay 6 D, 2016/8902, 1.12.2020, karşı oy.

[74] Danıştay 10 D, 2019/11770, 15.12.2020

*hükmedilmektedir.*[75]*"*

*"İdari yargı içtihatlarıyla yerleşik olduğu üzere, davacılar veya kurum ve kuruluşları tarafından belde veya semt sakini veya belediye meclisi üyesi sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki bir iptal davasında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan ve dava kamu yararını sağlamak amacıyla açılmış bulunduğundan, hukuka aykırılık yargı kararıyla belirlendikten sonra davacının davasından feragat etmesi iptal davasının belirtilen niteliği ile bağdaşmaz.*[76]*"*

*"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği kuralı yer almakta olup, anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi, görevli olmayan adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması ilkesi benimsenmiştir. Nitekim bu durum, Danıştayın yerleşik içtihatlarıyla da kabul edilmiştir.*[77]*"*

Yine Danıştay'ın son dönemde istikrar kazanan içtihadıyla yaptırım tehdidi içeren işlemlere karşı açılan davalara bakması da örnek olarak verilebilir[78]. Tüm bu verilen örnek müstakar içtihatlar göstermektedir ki bu en başta hakimlerin takip etmesi gereken süreçtir. Diğer yandan doktrin bu konuda karar kronikleri yayınlamak suretiyle bir içtihadın yerleşmesine ya da içtihattan vazgeçilmesine yardımcı olabilir.

## B. Müstakar İçtihattan Sapma: Sürpriz Karar

Mahkemeler arasında ve bir mahkemenin daha önce karara bağladığı içtihada göre farklıklar söz konusu olabilmektedir. İçtihat farklılığına, dava sayısının çokluğuyla birlikte içtihat takibinin zorlaşması, mahkeme ve daire heyeti arasında koordinasyon eksikliği, mahkemelerinin görevlerinin, hakimlerin ve heyet üyelerinin değişmesi, mevzuatın yeni olması veya sık değişmesi neden olabilmektedir[79]. Esas itibariyle içtihadın değişmesi hukukun donmasını engeller ve dinamikliğini sağlar. Ancak hukuki güvenlik başta olmak üzere bu durum bir dizi problemi beraberinde

[75] Ankara 3 BİM, 2020/2041, 22.10.2020.

[76] Danıştay 6 D, 2007/2820, 28.12.2010.

[77] Danıştay 8 D, 2018/783, 24.06.2022.

[78] Danıştay 10 D, 1996/3286, 30.09.1998; Danıştay 14 D, 2011/5212, 01.06.2011; Danıştay 10 D, 2012/6579, 25.09.2013 Bkz Akyılmaz, Sezginer, Kaya (n 3) 351.

[79] Evren (n 40) 122.

getirebilmektedir. Burada hakimin daha önce verilen kararlarla hukuken olmasa da ahlaken kendisini bağlı hissetmesi gerekir. Zira mahkemelerden bir hukuk normunun benzer olaylarda aynı şekilde yorumlanmasını beklemek doğaldır. Diğer taraftan, aynı normun aynı olaya farklı şekilde uygulanmasını meşru kılacak bazı sebepler de olabilir[80]. Ancak burada önemli olan mahkeme kararları arasında makul bir istikrarın olmasıdır. Anayasa Mahkemesi "*Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir oranlarda uyumlu kararlar vermesi gerektiği, mahkeme kararlarında, istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki bir yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerektiği"*[81] ni ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ise, *", hukuki güvenliğe ve yargılanabilir kişilerin meşru beklentilerinin korunmasına ilişkin gereklilikler, yerleşik bir içtihat bağlamında kazanılmış bir hakka yer vermemektedir. Gerçekte, içtihat değişikliği tek başına, adaletin iyi yönetimine aykırı değildir, zira dinamik ve gelişimci bir yaklaşımın terk edilmesi, her türlü yenilik ya da gelişmeyi engelleyebilecektir. Son olarak, iki dava arasında yapılan muamele farklılığı, söz konusu fiili durumlarda bir farklılık ile haklı gösterildiği takdirde, bir içtihat çelişkisi olarak anlaşılamayacaktır"*[82]. Ancak toplumsal değişim gerektiriyorsa ve kural bu yeni yoruma müsaitse, hakim önceki kararından sapabilir[83]. Yeter ki bu durum Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi *"açıkça keyfî veya bariz takdir hatası içeren bir yorumdan dolayı" olmasın. Böyle bir durumun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedebilmesi için bu yorumun yerleşik hâle gelen bir içtihattan saptığına veya derinleşmiş ve süregelen bir nitelik kazanan içtihat farklılığına dayanması gerekir"*[84]. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre *"Mahkemelerce hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesinde farklılıklar meydana gelmesi ya da önceki çözümün tatminkar bulunmaması, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında içtihadın müstakar olması için belli bir zamana ihtiyaç duyulması gibi çeşitli nedenlerle içtihat değişikliğine gidilmesi de tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez"*[85]. Dolayısıyla Anayasa mahkemesi içtihat değişikliğinin mümkün olabileceğini, içtihadın yerleşik hale gelmesi için belli bir zamana ihtiyaç duyulduğunu belirtirken, müstakar içtihattan farklı bir içtihat ortaya koymanın, diğer içtihat değişikliklerinden farklı nitelikte olduğuna da işaret etmektedir. Nitekim başka bir Anayasa Mahkemesi kararında, müstakar içtihadın dikkate alınması hususunda ilgililerin haklı bir beklentileri olduğu Anayasa Mahkemesi'nce vurgulanmıştır. Karara göre *"Meşru*

[80] Serkan Kızılyel, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine', (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115, 116.

[81] Anayasa Mahkemesi Ahmet Acar, Başvuru No 2014/19936, 21/9/2017, para. 58

[82] AİHM, Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 582/05, KT. 09.02.2016.

[83] İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi,* (Adalet Yayınevi 2015) 117.

[84] Anayasa Mahkemesi Selahattin Bayri, Başvuru No 2018/32374, 15/9/2021, para. 47.

[85] Anayasa Mahkemesi Selvi Ağgül ve Diğerleri Başvuru No 2013/6201, para. 64

*beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da ayni menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikte bir beklentidir''*[86]. Bu bakımdan başlığın konusunu oluşturan müstakar içtihattan sapma, diğer içtihat farklılıklarından ayrı bir biçimde değerlendirilmelidir.

HMK madde 27'nin gerekçesine göre *''Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlara tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum sürpriz karar yasağı olarak da ifade edilmektedir. Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam olarak ortaya koymalı ve tarafların gerekçelerini tam olarak değerlendirmelidirler.''* Sürpriz karar kavramı da genel olarak medeni yargılama hukuku alanında inceleme altına alınmıştır[87]. Ancak muhakeme hukukunun bir dalı olarak Ceza Muhakemesi'ni[88] inceleyen Nurullah Kunter'in yaklaşımına göre, yargılama hukukunun genel prensipleri olmalı ve bu prensipler adli ve idari yargılamalara da teşmil edilebilmelidir[89]. Bu yaklaşımdan hareketle sürpriz karar kavramının idari yargılama hukuku bağlamında da ele alınabilmesi gerekir.

Davayı gören mahkemenin ne yönde karar vereceğini öngörebilmek lazımdır. Mahkemelerin, hukuken ve mantıken geçerli bir sebep bulunmamasına rağmen, müstakar içtihada aykırı karar vermesi, hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu durum, yargılama hukukunda "sürpriz karar yasağı" olarak ifade edilmiştir[90]. *''Sürpriz kararda, konuyla ilgili olarak mevcut hukukî düzenlemeler, yerleşik içtihatlar, yargılamanın o ana kadarki seyri dikkate alındığında, hukuken beklenmeyen, umulmayan, o şekilde ortaya çıkması haklı bulunmayan, tarafların ve üçüncü kişilerin öngöremedikleri bir karar söz konusudur. Burada önemli olan taraflarda sübjektif bir hayal kırıklığı veya davaya çok hazırlanmalarına rağmen aleyhlerine sonuçlanması değildir. Zira, tarafların bir davada her zaman aleyhlerine karar verilmesi ihtimali vardır. Keza bir davada taraf mevcut duruma göre ne kadar çok hazırlık yaparsa yapsın, şayet hukukî gerekçeler, mevzuat, konuyla ilgili görüş ve içtihatlar buna izin vermiyorsa, verilen karar sürpriz ve öngörülemez değildir. Önemli olan hem usûl hem de maddî hukuk bakımından bunun yargılamanın normal seyrinde gelişmesi, mahkemenin bu konuda haklı ve ikna edici gerekçesinin olmasıdır. Örneğin, yargılama sonunda mahkeme, gerçekten çok hukukî ve kanunda yeri olan bir hükme dayanarak karar verirse ya da yine tarafların gözden kaçırdıkları yerleşik bir içtihadı esas alırsa veya o güne kadar kimsenin üzerinde durmadığı doğru bir*

[86] Anayasa Mahkemesi, Başvuru No 2018/37665, 29/3/2023.

[87] Hakan Pekcanıtez, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı', Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı, İzmir 2000), Makaleler, (C I, İstanbul 2016); Muhammed Özekes, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, (Ankara 2003).

[88] Nurullah Kunter, 'Hukuk", "Muhakeme Hukuku" ve Ceza Muhakemesi Hukuku', (1981) 45 (1-4) İÜHFM, 797-807.

[89] Aydın Gülan, İÜHF İdari Yargı Ders Notları.

[90] Ejder Yılmaz, 'Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı', https://repository.bilkent.edu.tr/items/a254fb6e-baba-4d71-93a0-59ed7dccf6ac, Erişim Tarihi 13.9.2023, 1517, 1537-1538.

*hukukî gerekçe oluştururs*a, *belki taraflar bu kararı beklemeyebilir; ama hukuken sürpriz sayılacak bir durum yoktur. Çünkü, bu da hukukun akışı içinde gerçekleşecek hususlardır, ayrıca bir şeyin tarafın bilgisinde olmaması ile gerçekten öyle olmaması ve öngörülememesi farklı şeylerdir"*[91].

İmdi mahkemenin müstakar içtihadından farklı bir karar vermesi durumunda da sürpriz karardan bahsedilebilir. Mahkeme müstakar içtihattan farklı bir içtihatta bulunabilir ancak bu durumda taraflara ve ilgililere bu konuda görüşlerini açıklama imkanı da vermelidir. Hukuki dinlenilme hakkının gereği de budur[92]. İdari yargılama hukukunda yer bulan re'sen araştırma ilkesine göre hakimin, idari uyuşmazlığa ilişkin bütün hususları kendiliğinden incelemesi mümkündür; ancak tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koyma imkanını vermesi de hukuki dinlenilme hakkının bir tezahürüdür. Bu bakımdan re'sen araştırma ilkesi ile sürpriz karar verme yasağı arasında bir çelişki de bulunmamaktadır. Zira tarafların, ikame edilen yeni veya farklı bir hukuki sebebi ilk defa görmeleri ve böylece savunma imkanının verilmemesi adil yargılanma hakkının ihlalini gündeme getirebilir[93]. Müstakar içtihattan farklı yönde karar verecek idari hakimin de taraflara bu konuda son sözlerinin karardan önce sunmaları için fırsat vermesi beklenir.

Danıştay tespit edebildiğimiz tek bir kararında sebep ikamesini tartışırken, *"İdari yargıda sürpriz karar verme tarafların öngörülemeyen bir kararla karşılaşmaları anlamına gelmektedir"*[94] biçimdeki ifadeyle sürpriz kararın tanımını yapmıştır. Söz konusu kararda esas itibariyle tarafların iddia ve savunmalarına yer verilmeksizin sebep ikamesi yapılması durumu sürpriz karar yasağına aykırı olarak değerlendirilmiştir. Ancak kararda yapılan tanıma bakıldığında, tarafların öngöremeyecekleri, müstakar bir içtihada aykırı yönde karar verilmesi durumu da sürpriz karar olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Bu bakımdan sürpriz karar yasağının zahiri ve batini olarak iki yönü olduğundan da bahsedilebilir. Zahiri yönü müstakar bir içtihattan sürpriz uyandıracak biçimde farklı yönde karar verilmesini; batını yönü ise dava konusunun o yargı kararı içinde tartışılıp tartışılmadığıyla ilgilidir. Yukarıda belirttiğimiz Danıştay kararında tanımı yapılan sürpriz karar kavramı batini yönüne işaret etmekte ise de zahiri yani dış yönü bakımından ele alınarak sürpriz karar yasağı idari yargı bakımından da kabul edilmelidir.

---

91 Muhammed Özekeş, 'Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı', https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/, Erişim Tarihi 26.7.23.

92 Hakan Pekcanıtez, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı', *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2020), 788.

93 Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı,* (Seçkin Yayınevi 2016) 86-87.

94 Danıştay 13 D, 2019/1893, 2.6.2021.

## IV. Bağlayıcı Mahkeme Kararı: İçtihadi Birleştirme Kararı

Türk İdari Yargılama Hukukunda yargı kararları arasındaki çelişkileri gidermek ve içtihatları birleştirmek görevi Danıştay'a aittir. Danıştay bu görevini temyiz incelemesi yoluyla hukuk kurallarının ne şekilde uygulanacağını belirleyerek, bölge idare mahkemelerinin kesinleşmiş kararları arasındaki uyuşmazlık ve aykırılıkları gidererek ve kendi daireleri ile kurullarının kesinleşmiş kararları ile ortaya konulan farklı yöndeki içtihatları İçtihatları Birleştirme Kurulu aracılığıyla birleştirerek yerine getirmektedir[95].

İçtihadı birleştirme, Türk İdari Yargılama Hukuku bakımından, hukuki istikrarı ve eşitliği sağlama düşüncesiyle icat edilen dengeleyici mekanizmanın adıdır. Bu mekanizmaya diğer Kıta Avrupası Hukuk sisteminde rastlanılmamakta ve böylece, Türk hukukunun kendine özgü az sayıdaki usulünden biri olduğu ifade edilmektedir[96]. Yukarıda belirttiğimiz üzere Kıta Avrupası'nda özellikle yargıcın norm üretmemesi gerektiği ve böylece yasamanın işiyle meşgul olmaması gerektiğine dair bir tarihi arka plan mevcuttu. Türk yargılama hukuku bakımından böyle bir kaygının olmadığı hatta hukuk tarihinde izleri bulunabilecek fetva geleneği dolayısıyla icat edilmiş bir müessese olduğu iddia edilebilir.

İçtihadı Birleştirme Kararları, hem bir yargı içtihadı hem de bağlayıcı bir hukuk normu özelliğini göstermektedir. Bu kararlar dışında bir yargısal karar kesin hüküm etkisi dolayısıyla davanın yalnızca taraflarını bağlarken, taraf dışındakiler bakımından emsal teşkil ederek bağlayıcılık taşımamakta[97], sadece diğer dikkate alınan karar olarak görülmektedir[98]. Bu bakımdan Türk Hukukunda içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı diğer içtihatların bağlayıcı olmaması, karma bir içtihat sisteminin kabul edildiğini göstermektedir[99]. Ancak farklı yargı kolları tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları birbiri bakımından bağlayıcı değildir[100]. Diğer taraftan Danıştay Kanunu 3-c kapsamında aynı veya farklı bölge idare mahkemeleri bünyesinde bulunan istinaf dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki çelişkileri gidermek üzere verilen kararların bağlayıcı olduğuna dair kanun hükmü bulunmadığından, bu kararlar içtihadı birleştirme kararlarından ayrılmaktadır.

"İçtihatlarını birleştirmeye yetkili yargı mercileri, çelişen ve çatışan özel ve öznel kararlarına konu olan somut uyuşmazlık ve olaylardan sıyrılarak, bunların ortaya çıkardığı tartışmalı ve çetin soyut hukuk sorununu, bu yoldan, genel ve

---

95 Emre Akbulut, 'Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler', *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu*, Yücel Oğurlu, Kamala Valiyeva (eds) 2021, 490.

96 Arif Bilgin, 'Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı', (1972) 27 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 592 Aktaran Kızılyel (n 82) 116-117.

97 Ali Ulusoy, *Yeni İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2020) 83.

98 Bu konuda bkz II. DİKKATE ALINAN MAHKEME KARARI: EMSAL İÇTİHAT

99 Zeybek (n 8), 82.

100 Bkz Danıştay Kanunu madde 40/4 ve Yargıtay Kanunu madde 45/5.

nesnel bir çözüme bağlamak, yani o noktada bir prensip kararı almak durumundadır. İşte yüksek mahkemeler, somuttan soyuta çıkmayı ve öznelden nesnele geçmeyi sağlayan bu işlemleriyle, hukuka daha çok ve daha açık biçimde katkıda bulunmak olanağına sahiptir"[101]. *"İçtihadın birleştirilmesinde amacın kararlar arasında oluşan aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesi suretiyle hukuki istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, isteme konu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir sürekliliğe sahip olup olmadığının, bir başka ifadeyle kararlar arasındaki aykırılıkların devamlılık gösterecek şekilde sürdürülüp sürdürülmediğinin de değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir"*[102].

Gülan'a göre amaç içtihatları birleştirmek değil bütünleştirmek olmalıdır. Bu sebeple içtihat bütünlüğü denmesinin daha isabetli olacağını düşünmektedir. İçtihatları birleştirmeden gerekirse farklı gerekçeyle onanması da önemlidir. İçtihatları çeşitlendirerek bütünlüğünü ve irtibat kopukluğu yapmadan gelişmesini sağlaması gerekir. Dolayısıyla bir temyiz merciinin görevi tekleştirmek değil, birbirine yakın ama birbirinden farklı olanları tespit edebilmektir. Böylece içtihat tutarlılığını, canlılığını, gelişme yönünü ve biçimini de takip edebilmektir[103]. Danıştay da her içtihat farklılığında bu sebeple birleştirme yoluna gitmemektedir. Bir içtihat eğer müstakar hale gelmişse içtihatların birleştirmesine gerek görmemektedir. Bu esasında Danıştay'ın içtihat gelişmelerinin önünü açmayı istemesinden kaynaklanmaktadır[104]. Dolayısıyla yukarıda inceleme altına aldığımız dikkate alınan ve istikrar kazanmış içtihat başka bir ifadeyle müstakar içtihat söz konusu ise Danıştay hukukun donmasını engellemek bakımından içtihadın birleştirmesine karar vermemektedir[105]. Böylece içtihat gelişiminin yolu kapanmamış olmakta ve kararı hukuka aykırı değilse asıl karar mercilerinin yetkisine dokunulmayarak, müstakar hale gelmiş içtihattan ayrılmaya ve dolayısıyla bağlayıcı bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır. "Örneğin, birleştirme aşamasına gelindiğinde aykırılık hali son bulmuş ve sadece belli yönde içtihat söz konusu ise, hem artık yetkisizlik hali, hem de Kanunun aradığı şartlar bulunmadığından içtihatları birleştirmeye gerek kalmayacaktır"[106]. Hatta Danıştay, önüne gelen aynı nitelikteki davalardan az bir kısmını belli yönde, geri kalanları tutarlı bir şekilde başka yönde karara bağladığı hallerde, o konuda içtihadın doğal yollarla istikrar kazandığını kabul ederek içtihatların birleştirilmesine gerek görmemektedir[107].

---

101 Lütfi Duran, 'Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması', (1972) 27 (3), Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 419 419.

102 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 2008/1, 02.07.2012.

103 Aydın Gülan, "Danıştayın Temyiz İncelemesinde Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırları", 155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay Sempozyumu", https://www.youtube.com/watch?v=mOwBxdhM--M , Erişim Tarihi 3.8.23.

104 Duran (n 103) 433.

105 Örnek Danıştay kararları için bkz ibid 430-431.

106 Celal Işıklar, 'İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları' (2013) 14 TAAD 467 484.

107 Duran (n 103) 430.

## Sonuç

Her mahkeme kararı bir içtihat değildir. Her içtihat diğer mahkemeleri bağlayıcı değildir. Yine her içtihat müstakar (yerleşik) içtihat değildir. Bir mahkeme kararının içtihat niteliği göstermesi için müstakar olması da şart değildir; yani sadece bir mahkeme kararı da içtihat özelliğini gösterebilir. Hakim norm bulunmazken boşluk dolduruyor ya da yorum yaparak bir ilkeye ulaşıyorsa ancak içtihat özellikli bir karar vermiş olur. Soyut hükmü somut olaya uygulaması apaçık bir normun varlığı sebebiyle eğer yorum içermiyor veya boşluk doldurarak norm ihdas etmiyor ise ancak bir olay kararı olabilir. Olay kararı ise benzer bir olay için emsal karar olabilir. Emsal karar, içinde kural koyma ya da yorum barındırmayan ama sonraki uyuşmazlıklarda dikkate alınabilecek ve ikna edici mahiyetteki karar olarak açıklanabilir. Ancak emsal alınan olay kararı ilke barındırmadığından içtihat olarak nitelendirilemeyecektir. Müstakar hale gelmemiş emsal bir içtihat başka mahkemelerce dikkate alınan, kısmen ikna edici bir karar mahiyetindedir. Fakat müstakar içtihadın ikna edici gücü buna göre daha fazladır. Zira geçmiş içtihatlardaki yeknesaklık düzeyi ne kadar yüksekse, içtihadın ikna edici gücü de o kadar kuvvetli olur.

Müstakar karar ile müstakar içtihat arasında kullanım bakımından bir fark olmamalıdır. Zira bir mahkeme kararı istikrar kazanmış biçimde diğer kararlarda dikkate alınıyorsa onun genel soyut ilkeler barındırdığını kabul etmek gerekir. Bu sebeple müstakar karar kavramı yerine müstakar içtihat kavramının kullanım olarak tercih edilmesi gerekir. Ancak uygulamada mahkeme kararı ve içtihat kavramı birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir.

Bir içtihat müstakar hale gelmiş ise kuvvetli bir biçimde dikkate alınan emsal karar haline gelmiştir ve böylece içtihadı birleştirme kararının oluşturulmasına da gerek yoktur. Danıştay içtihadı, müstakar içtihadın varsayımsal bir bağlayıcılığı olduğunu kabul ederek, içtihadı birleştirme kararı seviyesine çıkarmadan onun hemen bir altında konumlandırmaya işaret etmektedir.

Bir mahkeme kararının oluşumundan sonra yürüyebileceği yol ve diğer hakim/mahkeme kararları üzerindeki ikna gücü zayıftan kuvvetliye doğru aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Karar -> emsal karar -> müstakar içtihat -> içtihadı birleştirme kararı (bağlayıcı içtihat)

Bir içtihadın başka mahkemelerce dikkate alınmasında, emsal içtihadın bağlayıcı olduğu ve emsal içtihadın dikkate alındığı iki sistem söz konusudur. İlki stare decisis (emsal karar) doktrini, ikincisi ve bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemindeki jurisprudence constante (müstakar içtihat) doktrinidir. Müstakar içtihat, ilke barındıran belli bir süre mahkemelerin benzer yönde karar vermesi

ve diğer mahkemelerin de bu içtihadı emsal olmasıyla oluşan karar türüdür. İdari yargı bakımından müstakar içtihatların takibi bakımından doktrinin karar kronikleri yapması önem arzetmektedir. Çünkü bir mahkemenin geçmiş kararları ancak önceki içtihatlarda yeterli yeknesaklık varsa ikna gücü de o kadar arttığından, bunun yargı yerleriyle birlikte doktrinin de katkısıyla gerçekleşmesi gerekir. Son dönemde Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yalnızca karar değerlendirmeleri için oluşturduğu "Karar İncelemeleri Dergisi" nin bu katkıyı sağlayacağını ümit ederiz.

Bu çalışmada ayrıca esas itibariyle medeni yargılama hukukunda tartışıldığı görülen sürpriz karar yasağının idari yargılama hukuku anlamında bir karşılığı olabileceği tespit edilmiştir. Buna göre sürpriz karar yasağı daha çok batini yönüyle alınmasına rağmen, müstakar içtihattan haklı bir sebep olmaksızın sapılması durumu zahiri yönüyle alınarak idari yargıda sürpriz karar yasağının kabulü gerekir. Re'sen araştırma ilkesi ile taraflarca hazırlama ilkesi gibi temel farklılığı olan idari yargı ile adli yargıda, sürpriz karar yasağının daha geniş anlaşılmak suretiyle müstakar karardan haklı bir sebep olmaksızın sapılması durumu için kullanılabilmesi gerekir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akbulut E, 'Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler', *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu*, Yücel Oğurlu, Kamala Valiyeva (eds) 2021, 473-491.

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (14. Baskı, Savaş Yayınevi 2021)

Aysun Z, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı,* (Seçkin Yayınevi 2016).

Belgesay M, 'Mahkeme İçtihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İçtihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri' (1960) 10 Adalet Dergisi, 815-821.

Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, (9. Baskı Seçkin Yayınevi 2021).

Çıtak H, *İdare Hukukunun İçtihadi Karakteri,* (On İki Levha 2020).

Duran L, 'Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması', (1972) 27 (3), Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 419-441.

Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).

Duran, L 'Mahkeme Kararları Kroniği (İdarenin Malî Külfet Yüklenmesi)', (1964) XXX İÜHFM, 988-1000.

Ejder Yılmaz, 'Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı', https://repository.bilkent.edu.tr/items/a254fb6e-baba-4d71-93a0-59ed7dccf6ac, Erişim Tarihi 13.9.2023, 1517-1554.

Evren Ç, 'Bir Örnek Olay Üzerinden Mahkeme Kararlarında İstikrar', (2019) 2 113 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 113-136.

Fon V, Parisi F, 'Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis' International Review of Law and Economics, Forthcoming George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-15 Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-19 (2004), 1-24.

González R, 'From Jurisprudence Constante to Stare Decisis: The Migration of the Doctrine of Precedent to Civil Law Constitutionalism' (2016) 7 (2) Transnational Legal Theory 257-286.

Gözler K, *İdare Hukuku,* C 1 (Ekin Yayınevi 2019).

Gülan A, "Danıştayın Temyiz İncelemesinde Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırları", 155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay Sempozyumu", https://www.youtube.com/watch?v=mOwBxdhM--M , Erişim Tarihi 3.8.23.

Gülan Aydın, İÜHF İdari Yargı Ders Notları.

Günzl C, 'Case Law in Germany: The Significance of Seuffert's Archiv', William Eves, John Hudson, Ingrid Ivarsen, Sarah B. White (ed) Common Law, Civil Law, and Colonial Law Essays in Comparative Legal History from the Twelfth to the Twentieth Centuries (2021).

Güran S, 'Mahkeme Kararları Kroniği: İdare Hukuku (Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği meselesi)' (1964) XXX (3-4) İÜHFM, 1000-1034.

Işık N, 'Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası' AYBÜ Kamu Hukuku Doktora Tezi (2020)

Işıklar C, 'İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları' (2013) 14 TAAD 467-500.

Karahanoğulları O, 'Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi), http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf, Erişim Tarihi 30.5.23.

Kayhan F, 'Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü', (1999) (2) TBBD, 341-363.

Kızılyel S, 'Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine', (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 115-142.

Köküsarı İ, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi,* (Adalet Yayınevi 2015).

Kunter N, 'Hukuk", "Muhakeme Hukuku" ve Ceza Muhakemesi Hukuku', (1981) 45 (1-4) İstanbul Hukuk Mecmuası, 797-807.

Novak M, 'Ensuring Uniform Case Law in Slovenia: Jurisprudence Constante, Stare Decisis, and a Third Approachs' 2018 (XXVII) 1 Studia Iuridica Lublinensia, 131-142.

Özdemir S, 'İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme', (2021) 29 (2) SÜHFD, 1383-1434.

Özekes M, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, (Ankara 2003).

Özekeş M, 'Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı', https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/, Erişim Tarihi 26.7.23.

Pekcanıtez H, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı', Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2020).

Pekcanıtez H, 'Hukukî Dinlenilme Hakkı', *Prof. Dr. Seyfullah Edis Armağanı*, İzmir 2000), Makaleler, (C I, İstanbul 2016).

Ulusoy A, *Yeni İdare Hukuku*, (3. Baskı Yetkin 2020).

Yayla Y, ‘Mahkeme Kararları Kroniği: Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi’ (1964) XXX (3-4) 1034-1048.

Yeşilyurt N, ‘Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri’, (2014) 32 İnsan Hakları Yıllığı, 1-29.

Yeşilyurt N, ‘Türkiye’de İdari İşlem Kuramı İdare Hukuku Öğretisi Üzerine Tarihsel Bir Deneme’ AÜSBE Kamu Hukuku Doktora Tezi (2017).

Zeybek A, ‘Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri’, (1988), (68-69) Danıştay Dergisi, 46-139.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1343-1377

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

**Submitted:** 24.06.2022
**Revision Requested:** 20.04.2024
**Last Revision Received:** 20.07.2024
**Accepted:** 24.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# A Procedural Oddity in the Investigation Stage in Turkish and German Practise: Preliminary Interview with the Suspect

**Recep Kahraman***

**Abstract**

In criminal procedure law, research may be conducted to obtain some information regarding the act after a crime has been committed. The details regarding the act in question are sought by obtaining information from the persons who are not the suspect. The statement of the suspect is taken to help the investigation, to determine the course of it and to contribute to the collection of evidence after the suspect is identified. Before the statement-taking process, the suspect is reminded about his rights and can benefit from these rights. There are regulations that protect the suspect, such as the right to remain silent during the statement-taking process. These regulations in favour of the suspect guarantee the right to a fair trial. However, in practise, in addition to statement taking, some officers also conduct unlawful alternative interviews with the suspect. It is seen that the information is obtained from the suspect without being recorded in the official report even though the suspect is known. This interview is called a preliminary interview in practise because it does not meet the conditions for statement taking. The preliminary interview is a part of an illegitimate process, and the suspect cannot use his rights protected by the rule of law during the preliminary interview. During the preliminary interview, he is not reminded of his rights, and his will become defective. The information obtained during the preliminary interview is addressed to the suspect as questions during statement taking. The interview does not constitute an assurance in favour of the suspect and it is not conducted in accordance with the technical and legal procedures of statement taking. The fact that the preliminary interview was conducted with a reliable third party does not eliminate the unlawfulness of the interview. Therefore, the information obtained during the preliminary interview by the law enforcement officer with the suspect should be considered forbidden evidence.

**Keywords**

Forbidden Evidence, Preliminary Interview, Preliminary Interrogation, Statement Taking, Reliable Person

## Türk ve Alman Uygulamasında Soruşturma Aşamasında Bir Usul Garabeti: Şüpheliyle Yapılan Ön Görüşme

**Öz**

Ceza muhakemesi hukukunda bir suçun işlenmesinden sonra, olaya ilişkin olarak birtakım bilgilerin elde edilebilmesi adına araştırma yapılabilmesi mümkündür. Şüpheli olmayan kişilerden bilgi almak suretiyle iddia konusu olaya ilişkin ayrıntılar elde edilmeye çalışılmaktadır. Şüpheli belirlendikten sonra ise soruşturmanın önünü açmak, yönünü belirlemek ve delillerin toplanmasına katkı sağlamak amacıyla şüphelinin ifadesi alınmaktadır. İfade alma işleminden önce şüpheli, hakları konusunda bilgilendirilir ve bu haklardan yararlanabilir. İfade alma sürecinde susma hakkı gibi şüpheliyi koruyan düzenlemeler mevcuttur. Şüpheli lehine olan bu düzenlemeler adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Ancak uygulamada bazı görevliler, ifade almanın yanı sıra şüpheli ile hukuka aykırı alternatif görüşmeler de yapmaktadır. Şüpheli bilinmesine rağmen resmi tutanağa bağlanmaksızın, şüpheliden bilgi alındığı görülmektedir. Bu görüşme, ifade alma işleminin koşullarını taşımadığından uygulamada ön görüşme diye ifade edilmektedir. Ön görüşme, yasal olmayan bir sürecin parçası olup şüpheli, hukuk düzeni tarafından korunan haklarını kullanamamaktadır. Ön görüşme sırasında

* **Corresponding Author:** Recep Kahraman (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu. E-posta: recep.kahraman@hbv.edu.tr. ORCID: 0000-0002-0991-9692

**To cite this article:** Kahraman R, "A Procedural Oddity in the Investigation Stage in Turkish and German Practise: Preliminary Interview with the Suspect" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1343. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

şüpheliye hakları hatırlatılmamakta ve şüphelinin iradesi sakatlanmaktadır. Ön görüşme sırasında elde edilen bilgiler; daha sonra ifade alma aşamasında soru haline getirilerek şüpheliye sorulmaktadır. Görüşme aşaması şüpheli lehine bir güvence içermemekte, ifade almanın teknik ve hukuki usullerine uygun yürütülmemektedir. Ön görüşmenin güvenilir bir üçüncü kişi kullanılarak yapılması da görüşmenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle, kolluğun şüpheli ile yapmış olduğu ön görüşme sırasında elde etmiş olduğu bilgiler yasak delil olarak kabul edilmelidir.

**Anahtar Kelimeler**

Yasak Delil, Ön Görüşme, Ön Sorgu, Ifade Alma, Güvenilir Kişi

## ***Extended Summary***

In criminal proceedings, the law enforcement officers may conduct an investigation to obtain information about the crime. The statement, taken by asking questions to the person who is not the suspect to determine and clarify the crime, may be expressed as information retrieval. Investigation and research activities under the name of information gathering are conducted to find evidence of crime in cases where the suspect is not known. This is lawful because of the investigation stage and the effectiveness of the law enforcement in criminal procedure law. After the suspect is identified, his official statement is taken in accordance with legal requirements.

The suspect is the person who is suspected of committing a crime and against whom an investigation has been opened by the investigative bodies. According to the general opinion accepted in doctrine and judicial decisions, a person has the capacity of the suspect when investigative bodies take action to clarify the crime and take measures.

In practise, it has been seen that information is obtained from the suspect without recording although the crime has been revealed and the suspect has been identified. The informal information gathering in question is called a preliminary interview because the requirements for statement taking stipulated in the legislation are not complied with.

Although the suspect is identified, the law enforcement officer conducts an informal interview with him instead of taking the statement officially. This communication method becomes a rule in practise. The interview with him without complying with the requirements for statement taking can be exemplified as the significant problems seen in law practise in the investigation stage. The aim of this study is to identify the legal nature of the preliminary interview by a law enforcement officer with the suspect after a crime has been committed and to determine whether the information obtained is within the scope of forbidden evidence.

In criminal procedure law, an investigation is opened when the suspicion of a crime emerges. A face to face interview with the suspect could be beneficial to

obtain criminal evidence during the investigation. In this regard, taking the statement of the suspect is a significant investigation procedure to obtain criminal evidence and to determine the course of the investigation. Also, it is the reasoning process in which the suspect can use his right of defence for the first time. Therefore, he should be reminded of his rights before taking the statement, and the law enforcement should prevent his will from becoming defective during statement taking. In this regard, the preliminary interview by the law enforcement officer with him is called secret statement taking and considered as unlawful because it does not constitute an assurance in favour of the suspect. The statement taking, a technical and legal procedure, is conducted in the law enforcement unit by being recorded. Preliminary interviews, on the other hand, are made at the crime scene or while being taken to the law enforcement units or hospital, and the statement of the suspect is not recorded.

The suspect's will become defective can be shown as reason for the preliminary interview is forbidden evidence. The psychological or actual pressure caused by the unrecorded and informal interrogation prevents the suspect's free will. This violates the fair trial principle. The principle prohibits investigative bodies from using any means to reach the truth and also prevents the suspect's being suppressed and compelled to testify against himself and used as a means to obtain evidence. In a lawful statement-taking procedure, it should be stated to the suspect that he is free to make a statement about the accusations against him and that this right is protected by law before being interrogated. It is emphasised with freedom of giving a statement that the personal rights of the suspect are more important than the purpose pursued by the criminal investigation. However, the legal rights of the suspect were not reminded during the preliminary interview. Therefore, the suspect, whose free will is made defective, is compelled to accept the accusations against himself. A preliminary interview may also be made with a third party due to the fear that he will not tell the truth before the law enforcement. The third party's being present during the preliminary interview does not prevent the suspect's will from becoming defective. Therefore, it is unlawful to obtain some statements from him with the help of a reliable third party.

This preliminary interview by the law enforcement officer with the suspect is an unlawful procedure, and a conviction cannot be obtained based on the statement. The statement taken during the preliminary interview should be considered forbidden evidence even if later confirmed in court by the accused. However, the statement taken after the preliminary interview can be considered a lawful evidence. If the suspect is explained that the statement in the preliminary interview is forbidden evidence and his rights are reminded before his statement is taken officially, the subsequent statement can be considered legitimate.

## Introduction

Taking the statement of the suspect constitutes one of the most important means of obtaining evidence in terms of the criminal procedure. Because in this way, the suspect is heard first-hand about the act to be clarified.[1] The suspect's statement often affects the judgement at the end of the proceedings. İt must be said that his statement is of vital importance in terms of revealing the material fact, which is the purpose of criminal proceedings.[2] Therefore, he must be able to make a statement freely and defend himself about the alleged act without feeling under any pressure.[3] This requirement is a right arising from the existence of the person.[4]

The necessary procedures by the investigation authorities to determine whether a crime has been committed should be conducted in accordance with the law.[5] The rules regarding the preservation of the fundamental rights and freedoms of the individual should be clearly regulated and the necessary inspection should be foreseen in order for the investigation subjects to comply with these rules in order to re-establish the public order, which has been disrupted by the crime committed.[6]

In Turkish and German practise, there is a tendency to depart from the classical concept of statement taking. As will be explained with examples in the following sections of the study, it is observed that in both countries, the law enforcement officers conduct an interview with the suspect during the investigation stage before his statement is taken, and this interview has almost become a rule in practise.

The statement taking is subject to strict rules that protect the functioning of criminal proceedings and the rights of the suspect.[7] For this reason, by putting forward the practise of preliminary interview, the concept of statement taking is attempted to be postponed and the legal guarantees attached to the concept of statement taking are attempted to be violated.[8]

After a crime has been committed, the nature of the questions asked by the law enforcement officers at the crime scene and in later research should be determined. It is important to determine whether the communication of the law enforcement officer with the suspect is a statement taking or a preliminary interview seen in practise, and

1 Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (Seçkin 2015) 101.

2 Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Yetkin 1994) 99.

3 Claus Roxin, "Zum Beweisverwertungsverbot bei unterbliebener polizeilicher Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht" (1992) (18) JZ 918, 920.

4 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020) 187.

5 Bernhard Kramer, *Grundlagen des Strafverfahrensrechts* (Kohlhammer 2014) 157.

6 Tobias Mahlstedt, *Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei* (Duncker & Humblot 2011) 23.

7 Nikolaus Bosch, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare"* (Duncker & Humblot 1998) 243.

8 Serkan Meraklı, "İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri" *Feridun Yenisey'e Armağan Cilt I* (2014) (Bahçeşehir Üniversitesi Yayını) 1594.

the determination of the legal nature of these in terms of determining the applicability of the relevant regulations.[9] In the study, it will be kept in mind at all times that compliance with the rule of statement taking is indispensable for the discovery of the material fact and the realisation of a fair trial, and this point will be emphasised throughout the study.

Without having to take into account the purpose of making the evidence usable in court proceedings, it is important to evaluate the purpose of the law enforcement in applying an illegal procedure and the usability of the statement obtained.[10] Therefore, the aim of this study is to reveal the legal nature of obtaining information under the name of preliminary interview after the suspect is identified in the concrete case and whether the information obtained can be evaluated in criminal proceedings. In the evaluation to be made specifically for Turkish and German law, doctrine and judicial decisions are considered. In this study, first, the concepts of preliminary interview and statement taking are explained; then the obligation of disclosure, which is a right for the suspect and an obligation for the investigating authorities, is explained. Then, the forbidden methods of statement taking are analysed. Following this stage, evaluations are made in terms of the preliminary interview with the suspect. Thus, the legal value of the statements obtained under the name of preliminary interview in case of violation of the rule of statement taking is tried to be clarified.

## 1. Concept and Definition

In criminal procedure law, an investigation is opened when the suspicion of a crime emerges.[11] The investigation is a stage close to the alleged crime and is carried out based on technical knowledge requiring expertise.[12] The law enforcement officer, having the duty of investigating and detecting traces of crime and evidence, performs very effective activities during the investigation stage.[13]

In criminal procedure law, before the suspect in the crime under investigation is identified, how the person's interrogation is defined and the legal nature of the statement obtained during the interrogation should be determined.[14] Law enforcement may be conducted to obtain some information from person or persons regarding the act after a crime has been committed.[15] In cases where the suspect is not known, "examination-investigation" is carried out to verify the suspicion and to find things

[9] Şahin (n 2) 59.

[10] Wilhelm Degener, "§ 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten" (1992) GA 443, 444.

[11] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020) 191.

[12] Mandy Vetter, Verteidigerkonsultation im Ermittlungsverfahren (Duncker & Humblot 2018) 28.

[13] Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020) 501.

[14] Mahlstedt (n 6) 51.

[15] Centel ve Zafer (n 4) 264.

that may be evidence in the proceedings.[16] In practise, the statement obtained by asking questions to a person who is not a suspect for the detection and clarification of the crime can be defined as "information gathering".[17]

There is no difference between the Turkish and German practise in terms of the purpose, scope and nature of the information gathering activity.[18] The details regarding the concrete case are sought by obtaining information from the persons who are not the suspect.[19] These details can contribute to the determination and identification of the person who may be a suspect, to separate those who are related or not related to the alleged case, and to determine a direction in the investigation.[20]

Since the person is not yet a suspect at the stage of information gathering and there is no restriction on personal rights, there is no obligation to remind the suspect of his rights. This is because at this stage, the investigation is carried out for the sole purpose of gathering information and whether or not to provide information depends on the willingness of the person to whom the information is sought to cooperate.[21] According to the German Federal Court of Justice, arguing a similar opinion, the law enforcement officer who receives the information about that theft has occurred in a workplace may go to the workplace and ask questions for information gathering

16 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020) 574.

17 Ingrid Maria Schaal, *Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren* (Tenea 2002) 12. Information gathering essentially serves to obtain an initial picture of whether there is sufficient evidence of the existence of a crime and whether anyone present can be considered a witness or even a suspect. Werner Beulke und Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht* (CF Müller 2020) 58. Thus the "first light in the darkness" may have been brought. Şahin (n 2) 60. Information gathering can be done at the crime scene or later. At this point, the purpose of information gathering is to determine whether a crime is committed, to determine who the criminals are and what their capacities. The first questions are asked and to whom the suspicion should be directed is determined with the information gathering process. Demirbaş (n 1) 52.

18 In Turkish law, information gathering, which differs from statement taking with some of its characteristics, but which may be confused with the concept of statement taking, is defined in Article 4 of the Regulation on Arrest, Custody and Statement Taking. Accordingly, information gathering refers to the listening and recording of the persons who are harmed by the crime and other persons who are not under suspicion of committing a crime in order to detect or clarify a crime. Demirbaş (n 1) 52. In German law, there is no regulation regarding information gathering. However, the information gathering activity, which is of practical importance in practise, is carried out by the law enforcement officers to clarify the case. Lutz Meyer Goßner und Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020) 699.

19 Schaal (n 17) 36. The information gathering process also has the function of protecting fundamental rights and freedom. After a direct statement taking procedure, these persons may be considered the suspect and an investigation may be opened against them. However, the details regarding the concrete case can be reached with the information gathering process in accordance with the presumption of innocence. Thus, it is possible to prevent his name from being stained by taking his statement because of a crime he has never committed. This practise is used to allow people to be heard without being labelled them, without making them the suspect, and thus to gather information about the case. Meraklı (n 8) 1553.

20 Beulke und Swoboda (n 17) 93. Information gathering is often necessary to build a big picture of the case. In the information gathering activity; What happened? How did it happen? Who was there? Questions are asked and answers are obtained. These first serve to determine whether a crime has actually been committed and who is the victim, witness or suspect. Degener (n 10) 448. As a natural consequence of the messy investigation stage, it may be reasonable for the law enforcement to try to find out some details through people present or absent at the crime scene with a claim that a crime has been committed. These details are necessary for the investigation to be directed, and this information obtained from the third party should not be used as direct evidence at trial. However, the information obtained after the information gathering process may be conveyed informally to the next stages. To illustrate, it may be submitted to the judge at the hearing. In this case, the judge can only consider the information notes to assess the attitude and reaction of the accused while assessing the evidence.

21 Demirbaş (n 1) 48.

without any procedure until the suspect is identified due to the suspicion that any of the employees may have committed the crime.[22]

In general, there is no limitation on the information gathering and no procedure is regulated. Investigative authorities are granted the power of discretion for information retrieval.[23] Information gathering is the stage before the suspicion of crime is embodied, and it ends when the law enforcement starts working in a planned manner and engages in investigative procedures.[24] Any attempt to obtain information by the investigative body should be considered statement taking when the suspect is identified.[25] In other words, when there is a suspicion that a crime has been committed, the law enforcement officer must take the statement of the person under suspicion of a crime in relation to the crime under investigation.[26]

According to the German Federal Court of Justice, the information retrieval that may be done by the law enforcement officer is not conducted with the purpose of statement taking. After the suspicion of a crime arises, the taking statement of the suspect is not conducted as information retrieval. Otherwise, unlawfulness arises by manipulating the law.[27] According to the Court, in such an incident the suspect's statement should be subject to the conditions for statement taking.[28]

---

22 BGH. 17.09.1982 - 2 StR 139/82.

23 Schaal (n 17) 39.

24 Centel ve Zafer (n 4) 264. Although it is theoretically possible to determine the end of the information gathering stage, the criteria for determining this in practise are limited. Therefore, the end of the stage of questioning those present in the scene can only be determined on a case-by-case basis. What is certain, however, is that as soon as there is a concrete suspicion that one of the persons concerned can be considered a suspect, it is no longer possible to ask them questions to gather information. For example, the law enforcement arriving at the scene of a fight may ask a person in the neighbourhood whether he has seen the incident or where the scene is located. However, if the officer realises that this person's clothes are torn or that blood is flowing from any part of his body, the information gathering activity must end.

25 Vetter (n 12) 113.

26 Schaal (n 17) 33. For example, it is learnt that a fire has started at the same time in different parts of a forested area. Suspicion arises that this is arson, and the authorities begin to investigate. In order to determine the cause of the fire, the law enforcement tried to build up a picture of how it happened through various questions. They may ask questions to a person who is not yet the suspect for research purposes. When a person who has a house in the forest says that he smells petrol and that a person escaped towards the road during the fire, this is within the scope of the information gathering activity. Asking questions to the person matching this description will also form part of the information gathering process. However, if, in the meantime, the smell of petrol was smelled on the person and burn marks were seen on his hands, suspicion is directed towards a person. The impression that a crime has been committed has turned into an initial suspicion in terms of the act and the person concerned. Since the suspect has already appeared, the information gathering stage is over. Naturally, this procedure should be terminated and he should be reminded of his rights and the statement taking stage should begin. Mahmut Gökpınar, "Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması" (2023) 31 (2) SÜHFD 665, 666.

27 According to the Court, in determining whether a suspicion of crime has arisen, besides taking into account the statement of the law enforcement, it is also necessary to consider how the behaviour of the law enforcement is reflected on the public and how the answerer perceives this situation. For example, the attitude of the law enforcement officer towards the person may cause him to feel like a suspect, although the officer does not state that the person encountered at the crime scene is a suspect. Therefore, the information gathering should proceed as statement taking instead of as an information gathering activity by talking to the person who feels like a suspect. BGH. 27.02.1992 - 5 StR 190/91.

28 BGH. 31.03.2011 - 3 StR 400/10.

In practise, the informal information gathering in question is called a preliminary interview because the requirements for statement taking stipulated in the legislation are not complied with.[29] The preliminary interview, which is the main subject of the study, is unlawful, as will be seen in the following sections.

Caution is therefore required in the research activity of obtaining information. Although information gathering is a necessary and important procedure, it clearly involves certain dangers. If the purpose of information gathering is to go into as much detail as possible before making a real statement, without reminding the suspect of his rights, without being subject to any obligation, and in this way to clean the dirty spots, such information gathering is unacceptable.[30] Because in this incident, a situation arises in which some rights of the relevant parties are violated by this method.[31] In reality, the purpose of the information gathering enquiry is to enable the law enforcement officer, at the very beginning, to identify the first decisive point. In this way, it can be determined which person of interest should play which role in the eyes of the law enforcement. Research may continue in this way until a suspect is identified. As soon as a suspect appears, it is no longer possible to continue the research to gather information. Once the suspect's judgement role has been concretised, it is expected that his rights will be exercised and his statement will be taken.

## 2. Statement Taking and Suspect's Rights During the Statement-Taking Process

In criminal procedure law, face to face interviews with the suspect may be effective in investigating every detail about an alleged crime.[32] The suspect's statement, having information directly, is highly crucial to reveal the material fact.[33]

In criminal procedure law, the statement taking is the first statement of will of the suspect regarding the act after the suspicion of crime arises.[34] It is a research process and refers to the reporting of the events that occurred during the investigation stage in relation to the crime alleged against the suspect.[35] The aim of statement taking is to

[29] Bosch (n 7) 244.

[30] Demirbaş (n 1) 53.

[31] Şahin (n 2) 61.

[32] Hans Moormann, *Die informatorische Anhörung im Ermittlungsverfahren* (1989) 36.

[33] Klaus Rogall, "Die erste Vernehmung des Beschuldigten" (2015) (9) RechtsBrücke 157, 157. As a rule, taking a statement cannot be understood as only an activity carried out in a closed place or in a statement taking room. In reality, a statement is any behaviour by the investigating authority that may induce the suspect to make a statement that may incriminate himself. In this sense, the place of statement taking may be the statement room at the law enforcement unit, the suspect's home or the place where he is suspected of committing the crime or where he was caught, the street, the place of discovery, in short, anywhere. In a simple incident, it is possible to make a statement immediately in the scene of the crime or at the suspect's home or workplace. However, in cases where it is necessary to make a detailed statement, it is appropriate to make this in a special place. Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2021) 170.

[34] Meyer Goßner und Schmitt (n 18) 700.

[35] Markus Löffelmann, *Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren* (De Gruyter Recht 2008) 53.

conduct research and collect evidence in order to find the material fact and to enable the suspect to make a defence about the incident subject to the crime.

There is no difference between Turkish and German practise in terms of the purpose and nature of the statement taking.[36] Taking the statement of the suspect has an informing function in order to reveal the material fact for the investigative authorities. It contributes to help the investigation, to determine the course of it and the collection of evidence. The evidence are collected to reveal the facts supporting a suspicion of crime.[37]

During the statement-taking process, a report is prepared for the scope of the statement. The report is a mandatory result of the statement-taking process, which shows the functioning of the statement-taking process and the suspect's statement. The report prepared at the end of the statement taking is extremely important both in terms of subsequent decisions in the investigation and in terms of its evaluability in the trial.[38] For this reason, it is the only material from which one can obtain information about the course of the statement taking, an indispensable part of the statement taking, a reflection of reality.[39]

---

[36] Although there is no difference in practise in terms of the purpose and nature of the statement-taking activity, there is a difference in Turkish and German law regarding the naming of the activity of hearing the suspect. Namely, in Turkish law, the concepts of statement-taking and interrogation are differentiated. While statement is the hearing of the suspect by the law enforcement or the prosecutor (Art. 2/1-g), interrogation is the hearing of the suspect by the judge (Art. 2/1-h). In German law, the concepts of statement taking and interrogation are not recognised as separate. The hearing of the suspect (§ 163a - Vernehmung) carried out by the law enforcement or the prosecutor and the interrogation by a judge (§ 136-richterliche Vernehmung) are both considered as interrogation. As can be seen, the activity of hearing the suspect is still defined as interrogation, even though the officials-performing this task are different. Meraklı (n 8) 1558. The meaning and function of statement taking are not defined in the Turkish and German Criminal Procedure Codes. The Code only includes regulations that determine when a person's statement will be taken as a suspect at the latest, and which rules will be followed. Gökpınar (n 26) 671. As can be seen in the concepts of a statement taking in Turkish and German law, the suspect is confronted by an official whose official capacity is open. In this case, where similar practise is accepted in Turkish and German law, a statement taking does not take place when the person taking the statement does not have an official capacity or when the person conceals this capacity. In accordance with this explanation, the German Federal Court of Justice makes a definition that can be attributed to both Turkish and German law. Namely, during a statement taking, the person taking the statement must appear before the suspect within the scope of an official function and listen to the suspect within the framework of this relationship. BGH. 21.07.1994 - 1 StR 83/94. From this point of view, the Court states that the concept of a statement taking has only a formal structure, not a functional one, and should be evaluated in this context. In making this assessment, the Court uses the secret investigator's activity as evidence. Namely, if the interview was considered as a statement taking based on its function, the statements made by the suspect to the secret investigator should also be considered as a statement taking. In this case, the investigator would have to remind the person of his rights in the first instance. This is not possible in terms of secret activity. This situation reveals that the concept of a statement taking should be understood as limited to its formal aspect.

[37] Antje Schumann, Verhör, *Vernehmung, Befragung* (Mohr Siebeck 2016) 12. The aim of the criminal procedure is not necessarily to punish in any way whatsoever. The aim is to investigate and reach the material fact. The investigation stage must provide the method for achieving this aim. The way to achieve this aim is to involve the suspect in the investigation stage as soon as possible. This is possible by taking his statement. Otherwise, the judgement may be directed in the wrong direction based on the one-sided and incomplete information and investigations of the law enforcement. However, only a small statement by the suspect can end the judgement at the very beginning or contribute to the right direction. Şahin (n 2) 82.

[38] Roxin (n 3) 921.

[39] Şahin (n 2) 152. It is the statement-taking process that constitutes the content of the report. The report must reflect in detail the entire process from the beginning until the signing of the report. The statement taking report must reflect the suspect's statements as accurately and truthfully as possible and show the reasons why and how he made the statement. Demirbaş (n 1) 207.

That when a person is considered a suspect should be identified first regarding the determination of when to take a statement. The suspect is the person who is under the suspicion of crime due to the alleged crime and under investigation.[40] Whether the person is considered suspect or not has importance in determining which legal action can be taken against him and which rights he can use.[41] One obtains the capacity of a suspect when an action is taken against the person due to a crime alleged to have been committed and any measure is taken against that person.[42]

The law enforcement officers, upon being informed that a crime has been committed, immediately begin to investigate and may ask questions to other people around, in case the suspicion of crime has not yet been directed to a certain person. If the law enforcement suspects the person whose information he consulted, then the questioning process for information retrieval should be terminated immediately and the statement-taking process should be started.[43]

The investigation process regarding any crime is not unlimited and absolute. It is necessary to maintain individual values during the investigation process.[44] Therefore, the rules regarding statement taking are addressed to the investigative authorities, and these rules ensure that the public authority acts within the scope of law.[45]

The suspect may be suppressed to receive a confession and collect evidence regarding the crime during statement taking. Therefore, the taking the statement of the suspect should be subject to specific legal rules to protect the fundamental rights and freedom of him.[46] The fact that his statement is taken and carried out in accordance with stipulated rules indicates that the suspect's statement is intended to be completely based on his free will. The statement of record must include why the statement is taken and, where and when the statement is taken while the suspect's statement is being taken. Additionally, the names and capacities of the persons present during the statement taking and the clear identity of the person taking the statement must be recorded. The lawyer's name and signature must be included

40 Centel ve Zafer (n 4) 175.

41 Moormann (n 32) 50.

42 Bahri Öztürk, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020) 247.

43 Schaal (n 17) 40.

44 Demirbaş (n 1) 101.

45 Beulke und Sabine (n 17) 103. Taking the statement of the suspect is an important criminal procedure of the investigation stage. This importance arises from two aspects: First, statement reports give direction to the investigation and help the collection and evaluation of evidence. Second, the statement procedure is sensitive in terms of the protection of human rights and freedoms. Considering that methods such as torture are generally used to make the suspect talk, it is possible that false statements may be prepared and innocent people may be convicted as a result. For these reasons, statement taking is regulated in the criminal procedure laws. Faruk Turhan ve Murat Aksan, "Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi" (2020) 24 (2) AHBVÜHFD 289, 293.

46 Meyer Goßner und Schmitt (n 18) 709.

in the relevant record in procedures where the lawyer is present with his capacity. These conditions are considered both as the assurance of the statement of the person testifying and can be evidence that the statement was taken in accordance with the law.

Taking the statement of the suspect is one of the effective means of criminal procedure, in which the suspect can use his right of defence directly or with the help of his lawyer during the investigation stage.[47] The statement taking, necessary for the suspect to use his right to defence, must include his rights.[48] These rights support him and enable the investigation authority and him to meet under equal conditions.[49]

The accusation should be explained the suspect to use his right to defence. The accusation should be explained in detail with its concrete reasons. In accordance with the right to due process, the suspect has the right to remain silent.[50] The person who uses his right to remain silent must not be forced to testify or provide any evidence.[51]

The suspect has the right to claim the collection of concrete evidence regarding the crime. He has the right to access legal assistance from a lawyer.[52]

Reminding the suspect of his rights is of particular importance. By reminding his rights, he is not only provided with a simple legal knowledge, but also, if necessary, a deception that may arise from the fact of the statement itself is eliminated.[53]

---

47 Rogall (n 33) 161.

48 Not reminding the suspect of his rights at all, reminding him about them incompletely or reminding him about them by misleading restricts his right to defence. Rogall (n 33) 162.

49 Werner Beulke, "Die Vernehmung des Beschuldigten, einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft" (StV 1990) 180, 181. Die Vernehmung des Beschuldigten, einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft, in: StV 1990, s. 181. Reminding the suspect of his rights means that the equality of arms principle is applied in the investigation stage. Öztürk (n 42) 158. The equality of arms principle requires a fair balance between the parties to the proceedings. The parties must have a reasonable opportunity to present their case, including evidence. This principle includes the right of the suspect to be reminded; to have sufficient time to prepare his defence; to be informed of the evidence and submissions of the parties; and to be present at the proceedings and to make statements. Şahin ve Göktürk (n 33) 182.

50 Freedom of statement, which is a right of the suspect during the investigation stage, is of great importance for him. Being a subject of the proceeding who can contribute to the shaping of the proceedings, even if limited, is only possible if the accused is able to be the true owner of his own statements by assuming personal freedom and responsibility, and to decide whether to speak or not and to the extent he wishes to speak, free from all kinds of pressure. Şahin (n 2) 102. Not speaking or not telling the truth is also a form of defence. No one shall be compelled to make a statement or produce evidence incriminating himself. This right is an extension of the right to a fair trial and a complementary element of the presumption of innocence, which constitutes one of the most fundamental human rights. The fact that the suspect cannot be compelled to make a statement or present evidence against himself shows that he is not obliged to actively participate in the proceedings. Mehmet Arslan, *Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung* (Duncker&Humblot 2015).

51 It is indisputable that in criminal procedure, which begins with suspicion and ends with the overcoming of suspicion, the suspect is not an ordinary object, but rather a subject who plays an important role in overcoming suspicion. If this person does not exercise his right to remain silent, within the framework of the "freedom to make statements", he may help the law enforcement to find the material fact with his statements during the investigation stage, or he may try to prevent the investigation authorities from reaching the material fact. This is because the suspect, as a self-determining subject, is in a position to decide whether or not to make a statement based on his own free will. Beatrice Brunhöber, "Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis" (2010) (12) ZIS 761, 765.

52 Jürgen Peter Graf, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019) 821.

53 Roxin (n 3) 924.

Furthermore, it is an indispensable part of his rights to be reminded that he does not have to incriminate himself.[54] A reasonable interpretation of the right against self-incrimination recognises the need to remind the suspect that he cannot be compelled to make a statement. A suspect may use a right he has only if he is reminded of that right. A right without knowledge of its existence is meaningless.

Not reminding the suspect of his rights before making a statement, or not reminding them incompletely, is generally accepted in Turkish and German practise as a violation of the right to defence and therefore right to a fair trial.

It is considered unlawful that the suspect is not being reminded of his rights or not being given the opportunity to exercise his rights before his statement is taken. These statements cannot be used as grounds for conviction in the trial.[55]

According to the Turkish Court of Cassation and the German Federal Court of Justice, arguing a similar opinion, if the suspect is not reminded that he is free to comment or make a statement about the accusation before his statement is taken, these statements are unlawful.[56]

As explained before in this chapter, the primary purpose of the suspect's statement is to be directed towards the defence of his. The authority taking the statement must comply with this purpose at every stage of the proceedings.[57] In this way, the statement gives the right to use his right to explain his purpose at the investigation stage and thus to defend himself effectively. For this reason, the statement taking should not only be seen as a procedure that complements the deficiencies in the investigation of the crime by the law enforcement.[58] On the other hand, the statement

[54] Degener (n 10) 445.

[55] Meyer Goßner und Schmitt (n 18) 711. During the first statement is taken by the law enforcement, the suspect is more, not less, exposed to the danger of unthinking self-incrimination. He can comfortably prepare for his statement at the main trial and receive legal advice and is often accompanied by a defence lawyer at the main trial. In the first statement taken by the law enforcement, he is usually unprepared and is not in the mental state to which he is accustomed. He is confused by the events and upset or frightened by the unfamiliar surroundings. He may even be able to correct the statements made at the main trial with the help of the lawyer. In the first statement taken by the law enforcement, there is a suspect who is psychologically uncontrollable. Therefore, reminding the suspect of his rights at the first statement taking is of paramount importance in favour of his and must not be violated. Roxin (n 3) 920.

[56] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 14.12.2009, 2008/334 Esas, 2009/15739 Karar; BGH. 07.06.2022 - 5 StR 332/21. According to the criminal procedure law, the suspect is a subject who has various rights and powers. The condition for the suspect, who is a subject of the proceedings, to exercise his rights and powers is that these procedures are based entirely on his free will. Therefore, the statement of a person who knows that he has rights is based on his free will. If a statement is obtained from him without reminding him of his rights, it cannot be accepted that this statement is based on his free will. For this reason, the statement taken without reminding the suspect of his rights or the evidence obtained on the basis of this statement is obtained by unlawful means and cannot be evaluated. Demirbaş (n 1) 79.

[57] Degener (n 10) 444.

[58] Mahlstedt (n 6) 52. The public authority has no right to request the suspect to participate in the investigation of the material fact. Rather, the public authority must leave it to the free will of the suspect whether or not to participate. Arslan (n 50) 277. According to the German Federal Constitutional Court, arguing a similar opinion, the suspect does not stand before the public authority as a subject of research without rights or as a mere object in the research for material fact, but rather as an independent person. This is proof of his subject status. The person has the right against self-incrimination, even if he is a suspect. Therefore, his right to decide of his own free will to what extent he will contribute to the investigation by giving a statement should not be ignored. BVerfGE. 11.10.1978 - 1 BvR 16/72.

is also an important tool for the clarification of the incident. Because the suspect is also a means of proof and his statement is among the sources of information of the judgement within the framework of free evidence evaluation. However, this situation should never be evaluated because the first aim of statement taking is to prove that the suspect is guilty. The primary purpose of the statement taking is to enable the suspect to explain his purpose and to defend himself effectively. Therefore, the research for the material fact must never affect the right to defence. The suspect's will must not be impaired, his rights must be reminded and he must be enabled to exercise these rights.

## 3. Preliminary Interview and the Assessment of the Legality of the Statement Taken During the Preliminary Interview

### 3.1. General Explanations

The activity of interviewing the suspect in order to obtain information, which is frequently used in practise and carried out by the law enforcement before the statement is taken during the investigation stage and therefore before the suspect is accused, is expressed in terms such as interview, preliminary interrogation or preliminary interview. This activity is considered unlawful as it is carried out on a person under suspicion of a crime. It is accepted as a procedure carried out without the guarantees given by the law to the person who is a suspect by the law enforcement.[59]

In criminal procedure law, it is not forbidden to obtain information from at person who is not suspected. This method is a research activity that may be carried out at the stage before an initial suspicion, it may facilitate finding out the suspect and the initial suspicion.[60] The preliminary interview with him was secret statement taking and was not lawful because it did not meet the requirements of statement taking.[61] Asking some questions to him while he is being taken to the police station or the hospital or the law enforcement unit without being recorded in the statement taking report is not considered as statement taking.

[59] Demirbaş (n 1) 54. In the preliminary interview activity, the law enforcement can obtain information from the suspect before making his statement, for example, by having a meal or a drink with him and creating the impression that he is having a conversation with him. The information obtained in this interview is then added to the file submitted to the prosecutor. During this activity, the person neither knows that he is a suspect, nor knows what he is accused of, nor are his rights reminded. Therefore, it is certain that the information obtained is unlawful. Meraklı (n 8) 1557.

[60] Schaal (n 17) 36.

[61] Mahlstedt (n 6) 51.

The law enforcement officer may conduct the preliminary interview with the suspect by declaring that it is not a statement taking procedure without concealing his capacity, by concealing his capacity or through a third party.[62] Therefore, the preliminary interview differs from the process of taking the statement of the suspect.[63]

### 3.2. The Concept of Forbidden Evidence in Criminal Procedure Law

In criminal procedure law, the investigative authority is obliged to collect and maintain the evidence for and against the suspect and, to protect his rights through the law enforcement under his command in order to investigate the material fact and to conduct a fair trial.[64]

First, the evidence must be obtained "in accordance with the law", that is, without going beyond the limits set by the law in terms of means, incident, person, place, and time. In fact, the lawfulness of the evidence is characterised as "the most important feature that must be present in an evidence".[65]

In modern criminal procedure law, the law should be prioritised, not the evidence.[66] The purpose of "reaching the truth by applying the rules of law in finding out the crime and the criminal" should stand out rather than the purpose of "finding out the truth at all costs and punishing the guilty".[67] Evidence are collected with the respect for the fundamental values of civilisation and justice and the truth reveals.[68] In criminal procedure, the individual is not an object that has no rights and has to endure the intervention of the public authority in any case, and is a subject of law who has rights as well as some obligations.[69] Any investigation process that violates

[62] Arslan (n 50) 319.

[63] The taking the statement of the suspect is an attempt to obtain and secure as objective and comprehensive a knowledge of an event as possible, considering legal rules and criminalistic points of view. As can be seen, the statement taking is an interrogation of the suspect about an alleged crime, conducted from legal and criminalistic points of view. The statement taking is therefore distinguished from a preliminary interview with the suspect by formal rules, such as informing him of what he is accused of and reminding him of his rights. Demirbaş (n 1) 48.

[64] Harro Otto, "Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren" (1970) GA 289, 291.

[65] Demirbaş (n 1) 30.

[66] Arslan (n 50) 364. The aim of criminal procedure is to research and reveal the material fact. The material fact will undoubtedly be revealed through evidence. In the criminal procedure of a state of law, how evidence is obtained to find the material fact is regulated. If the rule for obtaining evidence is violated, the evidence obtained will be unlawful. Through the so-called evidential prohibitions and the limitations imposed on both the obtaining and evaluation of evidence, it is intended to indicate that reaching the material fact is not the ultimate goal, but that the protection of values such as human dignity and the right to defence is superior. Considering that the goal of the law is to make people happy, it will automatically become clear that human dignity cannot be sacrificed for any purpose. Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı" (2000) 4 (1-2) AÜEHFD 105, 145.

[67] Jürgen Baumann, "Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage" (GA 1959) 33, 36. A reasoning conducted without respect for human dignity cannot be accepted even if it is carried out in order to reveal the fact. Therefore, the effort of revealing the material fact is not absolute in criminal procedure law. There are unacceptable sacrifices and high interests that must be preserved in order to achieve this goal. Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 76.

[68] Ünver ve Hakeri (n 13) 613.

[69] Kramer (n 5) 40.

the individual as being a subject and may mean the denial of his value due to being a person is against the dignity of the individual.[70]

A conviction decision, made based on the evidence collected illegally by the investigative authorities, is not legitimate. Otherwise, an understanding that results, in obtaining information in any way causes, an individual to become a procedural object.[71] Therefore, the means of proof should be lawful as a basic principle in criminal procedure law and the suspect's statement should be based on his free will.[72]

During the preliminary interview, the law enforcement officer gets the suspect to confess to the crime. This is usually done by violating the suspect's will. In this respect, the preliminary interview conducted by the officer with the suspect or the preliminary interview conducted by using a reliable person is highly likely to be evaluated within the scope of deception.[73] Therefore, in this chapter where forbidden evidence is explained, the deception of the suspect should also be analysed separately and comprehensively.

In Turkish and German practise, the main criterion for the acceptance of deception as a forbidden statement-taking method is whether it violates the suspect's will.

The condition for a suspect to be considered free to decide whether to incriminate himself is that he knows what is contained in a statement given by him.[74] Therefore, the suspect must understand the situation. A voluntary decision can only be made if the person is aware of the consequences of his behaviour.[75] Therefore, for example, in cases where the law enforcement officer deceives the suspect about the importance of his statement or provides incorrect information about the evidence or legal situation,

---

[70] Löffelmann (n 35) 67. Article 148 of the Turkish Criminal Procedure Code and Article 136a of the German Criminal Procedure Code regulate what should not be done during the statement-taking process and are the basic norms on forbidden statement-taking methods. According to Article 148/1 "The suspect's statement must be based on his free will. Physical or psychological interventions such as ill-treatment, torture, drugging, fatigue, deception, force or threats, or the use of certain means may not be used to prevent this." According to Article 136a/1, "The suspect's freedom of voluntary decision making and voluntary activity cannot be violated by ill-treatment, fatigue, bodily interventions, medication, torture, deception or hypnosis." According to Article 136a/2, "Measures that prevent the suspect's ability to remember or realise cannot be applied." The forbidden methods that may arise during the statement-taking process are not regulated in a limited manner in both countries' regulations. In this way, other possible methods that may violate the suspect's freedom of will are also to be prevented. Gökpınar (n 26) 671. Both legislatures prevent human rights and fundamental freedoms from being disregarded in criminal proceedings. In addition to the element of individual protection, both regulations make it clear that in criminal proceedings the truth cannot be investigated at any cost, but can only be investigated in a judicial manner. Therefore, any method that may influence the will of the suspect is prohibited.

[71] Christian Jäger, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess* (CH Beck 2003) 90.

[72] Patrick J. Gau, *Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136a StPO als Verfahrenshindernis* (Tenea 2006) 65.

[73] Reşit Karaaslan, "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneği Üzerinden Bir İnceleme" (2021) 25 (2) AHBVÜHFD 555, 560.

[74] Otto (n 64) 290.

[75] Holger Kraschutzki, "Die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter Lis im Rahmen des § 136a StPO an Hand ausgewählter Fallbeispiel unter besonderer Berücksichtigung des so genannten Telefonmithörens durch Polizeibeamte" in: Grenzüberschreitende Polizeiarbeit, Martin Möllers (Hrsg.) (2005) 11, 11.

it will be difficult for the suspect to make a decision with his clear will.[76] In such cases, although it may seem that he gave the statement willingly, in reality, the statement given is based on false information because his will is affected. Based on these findings, deception can be defined as follows: It is any behaviour in which the officer may cause the suspect to make a mistake by concealing the truth.[77]

The aim of deception is to induce a certain behaviour. This includes a behaviour that the law enforcement officer assumes that the suspect will not perform voluntarily, in a self-determined manner. The officer believes that it must induce him to perform the desired behaviour by creating a deception. A deception is therefore always aimed at ensuring that he behaves in accordance with the will of the law enforcement and therefore in a manner determined by the law enforcement. Consequently, the right against self-incrimination and the deception of the suspect by law enforcement are incompatible. In fact, the deception of the suspect by law enforcement is aimed at destroying the right against self-incrimination.

Misrepresentation of the actual situation to the suspect by law enforcement is of course prohibited. Statements by the law enforcement such as "the suspect was seen committing the crime", "the accomplice has already confessed" or "the suspect has no chance due to the abundance of evidence" are unacceptable.[78] It is also prohibited to misrepresent the legal position "that silence is evidence against you". On the other hand, so-called criminal cunning, such as trick questions, are considered legitimate. Ambiguous statements are also allowed in this context.[79]

[76] Demirbaş (n 1) 341. The condition for the suspect to be considered to be able to freely make her own decision about incriminating himself is to know what is going on during a statement taking. The suspect must therefore be able to understand the situation. One can only speak of a voluntary decision if one is aware of the consequences of one's behaviour. Thus, any deception that may affect the suspect's freedom to give a statement or not, the freedom to give his statement as he wishes, and the scope of his statement is unlawful. Şahin (n 2) 203.

[77] Şahin ve Göktürk (n 33) 182.

[78] Demirbaş (n 1) 340.

[79] Şahin (n 2) 138. Deception is when a law enforcement officer violates the suspect's freedom to exercise reasonable judgement by misrepresenting factual and legal situations. However, it is also a necessity to clarify the incident, and in this context, "cunning" during the statement-taking process constitutes an aspect that cannot be dispensed with. Meraklı (n 8) 1596. There can be no prohibition of criminal cunning in criminal procedure law. In general, pressure methods are prohibited if the suspect's freedom of will is violated. Therefore, a "little deception" is permitted, which is more kindly called "permitted deception". Bluffing and confusing the suspect, and skilful cunning and clever tactical methods are not forbidden. Kraschutzki (n 75) 13. Whether a behaviour constitutes deception must be interpreted narrowly. There is a difference between obtaining a statement by cunningly acting against the suspect and obtaining information by deceiving him. Although he may lie, especially the officer asks questions to which they already know the answers. Here, the officer can deliberately use his or her superior knowledge. Since the officer is not obliged to inform him of its knowledge of the incident, it tactically confronts the lying him with his answers. Demirbaş (n 1) 255.

### 3.3. The Assessment of the Preliminary Interview Held by Law Enforcement

In criminal procedure law, the aim of limited acceptance of investigative measures, such as statement taking and the arrangement of the rules to be followed in statement taking in detail in the legislation is the idea of preventing the law enforcement from using methods such as preliminary interview.[80]

As stated in the previous sections of the study, although it is possible for law enforcement to use the method of information retrieval before the suspect is identified, it is unlawful to conduct a preliminary interview instead of taking a statement after he is identified, within the scope of the investigation carried out regarding an allegation of crime.[81] After the suspect is identified, since there is no function of collecting information, statements must be taken in accordance with the procedures stipulated in the legislation in order to reveal the material fact by following the rules of law.[82]

There is absolutely no reason to use speculative methods to receive a confession whose credibility must be checked in any case.[83] The preliminary interview is part of an illegitimate process and violates the legal practise conditions for statement taking.[84] Moreover, it leads to contradiction and inconsistency in the system in which there are universal principles to be followed in criminal procedure law.[85]

In Turkish and German practise, the will of suspect becoming defective can be shown as reason for the preliminary interview being unlawful.

The person may be taken to the interview room at regular intervals before taking legal statements and without his lawyer, and be forced to testify off-the-record during the preliminary interview. A person may be intimidated by being detained, arrested, or even released, that the pursuit will continue and he will be constantly disturbed.[86] After the suspect is identified, conducting a preliminary interview instead of taking a statement may cause fear, anxiety and distrust in terms of his fundamental rights and freedoms.[87] The suspect's statement during the preliminary interview cannot be considered to be based on his free will due to the psychological pressure of being

[80] Bosch (n 7) 96. According to the European Court of Human Rights, arguing a similar opinion, the conviction must not be based on the statements taken against the person's consent at the end of the criminal procedure. It is necessary to prevent the application of the law enforcement to any means that may affect the consent of the person. Saunders v United Kingdom (1996) 19187/91.

[81] Beulke (n 49) 181.

[82] Vetter (n 12) 117.

[83] Rogall (n 33) 157.

[84] Bosch (n 7) 245.

[85] Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 11) 163.

[86] Vetter (n 12) 117.

[87] Moormann (n 32) 14.

accused of an act and being kept under the supervision of the law enforcement. In this case, law enforcement abuses his mental state.

Forcing the suspect to testify during the preliminary interview may also be considered as a violation of the right against the self-incrimination principle.[88] There is a risk of him that the right against self-incrimination will not be considered during the preliminary interview.[89] A person cannot be compelled to make an accusatory statement against himself or his relatives and to present evidence in accordance with the principle.[90] This principle protects the suspect from involuntary self-incrimination at every stage of the investigation.[91] According to the Turkish Court of Cassation, arguing a similar opinion, the right against self-incrimination is violated in the interview with the suspect in a conversational atmosphere, even though he states that he will not give a statement at the law enforcement unit.[92]

During the preliminary statement, the suspect may give his statement unwillingly. Considering the concern that the accuracy rate is low and may lead to an incorrect judgement, the statement should be given voluntarily in order to contribute to revealing the fact.[93] According to the German Federal Constitutional Court, arguing a similar opinion, the suspect is not an object of criminal procedure and his statement at the investigation stage has importance. Therefore, the attempts that nullify his statement in the investigation should be avoided.[94]

The law enforcement officer may intend to ask the suspect to give a statement by making a mistake because of his will becoming defective during the preliminary interview.[95] In particular, the suspect, who is taken to a separate room, can be deceived

[88] With the contribution of the right against the self-incrimination principle, the freedom of the suspect to refrain from accusing himself is guaranteed. The aim is to ensure that the evidence is obtained by lawful methods without any coercion or pressure, that it is reliable, and thus to reach the material fact, which is the aim of the criminal procedure law. Arslan (n 50) 199. The right not to be compelled to incriminate oneself also means guaranteeing the suspect's positive freedom of statement. The suspect is the master of his own judgement and must be able to take his own destiny into his own hands. Löffelmann (n 35) 68.

[89] Schaal (n 17) 104.

[90] Heiko Artkämper und Karsten Schilling, *Vernehmung* (VDP 2010) 49 et al.

[91] Mark A. Zöller, "Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler" (2014) (2) CHKD 85, 99.

[92] In this case, C and E were detained on the same day on suspicion of murdering their sister›s husband and were held in custody until 24.05.2002. On 24.05.2002, the law enforcement attempted to take statements from both of them, but both of them stated that they would exercise their right to remain silent and that they wanted to give a statement to the prosecutor. On the same date, a videotape, which was apparently secretly recorded, containing a conversation between a law enforcement officer and C, in which C stated that E had committed the crime with his help, was submitted to the prosecutor. It appears that this tape was recorded between 21.05.2002 and 24.05.2002. As a result, C and E denied the crime at the following stages of the investigation, with C stating that he had conducted the interview on the tape because he feared that the officer would torture him. According to the Court of Cassation, judgement of conviction cannot be made using evidence obtained through forbidden statement-taking methods. In the investigation, suspect C made it clear that he would not give a statement to the law enforcement. Nevertheless, he was deceived and prevented from making a defence of his own free will by videotaping the interview, which was conducted in a conversational atmosphere, without his knowledge. Therefore, it is not possible to accept the videotape, which is understood to have been obtained through forbidden statement taking methods, as evidence. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 16.02.2004, 2003/3819 Esas, 2004/299 Karar.

[93] Bosch (n 7) 108.

[94] BVerfG. 15.12.1970 - 2 BvR 629/68.

[95] Mahlstedt (n 6) 238.

by giving information such as that the punishment for the crime will be high and that the crimes committed are very different.[96] Because the preliminary interview is not protected by a rule of law, other proceedings of the criminal procedure may be constructed unlawfully upon, the suspect's statement because of his defective will.[97]

According to the German Federal Court of Justice, the fact that only the rights are not reminded during the preliminary interview without any pressure on the will of the suspect may cause the preliminary interview to be deemed unlawful. Reminding his rights is an essential and constitutive factor of statement taking. He is expected to know his rights in order for the statement to be considered within the scope of the right of defence.[98] The Court, in its another decision, states that the purpose of the norm on the reminder of the rights is that the suspect can be kept in the trial as a subject, and his position in the criminal proceedings will be damaged in case of violation.[99] The failure to remind the suspect of his rights during the preliminary interview is a fundamental violation of law, as it eliminates the principle of the right of defence.

The suspect should feel safe during the statement taking.[100] The suspect, who technically knows his rights before the statement taking, decides when the statement taking will end. The suspect, however, whose statement is taken during the preliminary interview, cannot decide when the interview will end.[101]

In the official statement-taking process, the law enforcement contribute to the revealing of the material fact. When the suspect uses his right to remain silent or does not accept the accusations, this should be considered reasonable by the law enforcement and the statement taking-procedure is terminated. However, the suspect, whose rights are not mentioned during the preliminary interview, is expected by the law enforcement to admit that he has committed the alleged crime. In this case, the law enforcement punish the suspect rather than contributing to the reveal of the material fact.

The primary purpose of lawful statement taking is to ensure that the suspect is heard in accordance with the law and to give him an opportunity to defend himself.[102] The suspect, who is investigated with the allegation of committing a crime, has to

96 Otto (n 64) 290.

97 Moormann (n 32) 14.

98 BGH. 07.06.1983 – 5 StR 409/81.

99 BGH. 27.02.1992 – 5 StR 190/91.

100 Vetter (n 12) 176.

101 Rogall (n 33) 165.

102 Vetter (n 12) 114. According to the Turkish Constitutional Court, ensuring the right to defence in criminal proceedings is a fundamental principle of a democratic society. Fatih Tas (2014) 2013/1461. According to the European Court of Human Rights, arguing a similar opinion, the measures taken for trial should be compatible with the complete and full use of the right of defence, and these rights should be interpreted in an effective and practical way, not theoretical and abstract, in order for a fair trial to be conducted. Sejdovic v İtaly (2006) 56581/00.

endure a process carried out against him in accordance with the law, but should also have the right to oppose unlawful actions. Because he suppressed, during the preliminary interview, cannot personally oppose these procedures, the preliminary interview prevents the person from using the right to defence.[103]

Each norm that establishes the right of the citizen holds the public authority responsible.[104] The implementation of the state's power to punish ultimately depends on the good behaviour of the investigative bodies.[105] Therefore, a similar condition as the preliminary interview does not contribute to ensure criminal justice.[106]

The public authority, trying to establish the public order that has been disrupted due to the crime committed, should conduct the proceedings in an honest and legal manner. The public authority has the power in terms of procedures. Therefore, when a procedure is established between the individual and the public authority, the individual should always be the party to be protected. It is necessary for a fair trial to empower the weak individual by granting him certain rights and powers before the powerful authority.[107] That the statement taking is done as a preliminary interview is contrary to the principle of fair dealing[108] and, also violates the right of a fair trial. The right to a fair trial is not only a statement and a procedural rule but, also an enforceable fundamental right. The right to a fair trial is based on more specific fundamental freedom rights related to the rule of law, and the use of unlawful methods such as preliminary interviews is a violation of the right to a fair trial.[109]

In the statement-taking process, the distinction between the preliminary interview and statement-taking essentially indicates the aspiration of law enforcement to act against the law.[110] The aim of considering the preliminary interview as forbidden evidence is to discipline the law enforcement, to prevent possible arbitrary behaviour,

[103] Baumann (n 67) 36.

[104] Schumann (n 37) 4.

[105] Baumann (n 67) 36.

[106] Schumann (n 37) 11. The resocialization of a person begins with the criminal proceedings brought against him. If the suspect does not feel that the investigation proceedings against him are fair, the socialisation process cannot achieve its purpose. He should not get the impression that the entire criminal investigation serves only to decide for him whichever rights he has. The public authority is obliged to prevent investigations that may present this impression. Otto (n 64) 297.

[107] Demirbaş (n 1) 89.

[108] The principle of fair dealing is that criminal proceedings shall be conducted in accordance with the rule of law, within the framework of the procedures previously regulated by law, without using methods that prevent the freedom of will or restrict the defence, such as deception. Any distinction between the prosecution and defence authorities that would prevent the proper performance of either of the activities of the prosecution and defence is contrary to this principle. In this respect, it is a consequence of the principle of fair dealing that the suspect may exercise the rights that are regulated for him. Otto (n 64) 291.

[109] Brunhöber (n 51) 762.

[110] Kramer (n 5) 160. The fact that the investigative authorities try to take statements with the preliminary interview method results from the fact that they consider themselves over the law and privileged. Baumann (n 67) 36.

to bring the law enforcement into law and thus to prevent the suspect's rights and freedom from being violated.[111]

The preliminary interview does not constitute an assurance for the suspect since it is not conducted in accordance with the technical procedures of statement taking. After the suspect is identified, therefore, a conviction decision cannot be made based on the statement taken during the preliminary interview.[112] It is not possible to improve or correct the statement taken during the preliminary interview later. The statement taken during the preliminary interview should be considered forbidden evidence even if later confirmed in court.[113] According to the German Federal Court of Justice and Turkish Court of Cassation, arguing a similar opinion, the suspect does not give his statement based on his free will during the preliminary interview. His statement not based on his free will is submitted to the court unclearly. Therefore, the preliminary interview with him is unlawful and, his statement during the preliminary interview should not be used against the accused in the trial.[114] As a result, the statements taken during the preliminary interview are forbidden evidence, these statements should not be read at the hearing and the witness of the interviewer that the relevant statements were given should not be accepted.

### 3.4. Preliminary Interview Held with Reliable Person

In Turkish and German practise, the preliminary interview may also be made with a third party due to the fear that the suspect will not tell the truth before the law enforcement during the investigation stage.

The third party is a person whom the suspect trusts and makes some explanations about the crime. By using a reliable person, the law enforcement officer can obtain from the suspect some important information about the incident under investigation. These statements of the suspect containing important information are brought to the attention of the investigating authorities without the suspect's knowledge.[115]

---

[111] Gau (n 72) 79. In practise, the information obtained from the suspect during the preliminary interview with the suspect is noted and submitted to the public prosecutor after turning them into an accusation. In a state of law, the public order is adversely affected when law enforcement violates the rules stipulated in the criminal procedure law. Therefore, the public prosecutor should not issue an indictment, considering the statement of the suspect taken in the preliminary interview as an illegitimate method. The statements taken in the preliminary interview should not be used as a justification for the implementation of apprehension, detention, arrest, search and seizure, control of communication and similar protection measures in the concrete case in addition to the fact that the statement taken from the suspect is not taken into account while issuing the indictment. Schumann (n 37) 11.

[112] Schaal (n 17) 123.

[113] Artkämper und Schilling (n 90) 55.

[114] BGH. 12.12.1990 - 3 StR 470/89; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.05.2018, 2017/1087 Esas, 2018/211 Karar.

[115] Löffelmann (n 35) 54.

During the interview of the reliable person with the suspect, the law enforcement officer can either listen to the conversation or consider the information note prepared by the reliable person in the investigation.[116]

As explained in the previous section of the study, the suspect knows that the person with whom he makes a preliminary interview is a public official. However, it is also possible that the person-facing the suspect is not a person with an official capacity acting on behalf of the investigating authorities. Likewise, it is also possible that the person in an official capacity tries to obtain evidence by communicating with the suspect without clearly revealing this capacity.[117] In other words, it is possible that the suspect does not know that the person communicating with him is acting on behalf and account of the investigating authorities and makes a statement against himself.[118] For example, A is being investigated with the allegation of drug trafficking. In order to reduce her husband's responsibility, B, the wife of A, goes to law enforcement officer C and states that she can meet with D, the other suspect. B also stated that she could record her interview with D if C requested and provided the necessary equipment. Thus, C provides the necessary equipment. After recording the interview with D, C promises D that the conversation will remain between them only. During the interview, D makes statements against himself.[119] In this case, it is an important issue to examine whether the activity of the person who is not clearly understood to be acting on behalf of and on account of the investigating authorities can be evaluated in the proceedings.[120]

The illicit methods of statement taking in the procedural laws should not be interpreted narrowly. A situation, especially making the will of suspect defective, should be considered within the scope of forbidden evidence.[121] Therefore, taking some statements from the suspect with the help of a reliable person should be considered as manipulation and forbidden evidence.[122]

It is expected that the legal position of the suspect in the criminal investigation will be further improved. In this regard, law enforcement should not resort to physical

[116] Graf (n 52) 829.

[117] Meraklı (n 8) 1594.

[118] Kraschutzki (n 75) 18.

[119] Karaaslan (n 73) 579.

[120] Mahlstedt (n 6) 163.

[121] Kraschutzki (n 75) 25.

[122] Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 609. When confronting public authorities with an accusation, public authorities will try to obtain evidence from him. However, in a state of law, everyone has confidence that the public authorities will act within the limits set by the law. When this justified trust is undermined because of a game organised at the direction of public authorities, then the quality of the evidence obtained is damaged and this should be attributed to the public authorities. Indeed, when public authorities use third party for the sole purpose of interviewing the suspect, his justified trust is undermined. In this case, the suspect, who is unaware of the game organised by the law enforcement, is used as a tool to find the truth about the alleged crime. In such cases, where the public authorities use the suspect as an object, it is necessary to speak of deception, which is a forbidden procedure.

or psychological coercion and avoid trickery and surprises.[123] According to the European Court of Human Rights, arguing a similar opinion, the statement taken by using a reliable person damages the free will. According to the Court, although the person who violated the right to a fair trial in the concrete case was not a law enforcement officer in an official capacity, given that the private person acted on behalf of and on account of the public authorities, his action must be attributed to the public authorities. The right against self-incrimination is an integral part of the right to a fair trial. If this right is violated through a game organised by public authorities, even if the violator is a private person, the law will still be violated. This is because the public authorities exerted power/pressure on the suspect through the reliable person, and this power/pressure forced him to incriminate himself. In such a situation, the public authorities use private persons to obtain information from the suspect whose freedom to testify has been violated, and the public authorities deceive him through these private persons. Therefore, the evidence obtained should not be used.[124]

If the suspect, without any provocation by the investigating authority, trusts a lawyer, witness or any other private person and makes self-incriminating statements, these statements may be used against him. In other words, there is no deception if, for example, the suspect's telephone conversation with another person is listened to by the officer. In these circumstances, he trusts a third party. This is because the third party is not acting on behalf of the law enforcement.[125] However, the interview between the person and the suspect, which is the result of a game organised by the public authorities, cannot be considered a private interview. Both the manner and content of this interview must be attributed to the public authorities.[126] Because

[123] Bosch (n 7) 96.

[124] In the case, A and M were detained on the allegation that they had committed the robbery. A, repeatedly stated that he had exercised his right to remain silent before his statement was taken. The room where A stayed with M was continuously listened to and recorded by the law enforcement. When the officer failed to obtain any evidence from the conversations between A and M, they placed a reliable person, H, in the room where A was staying. H was in charge of forcing A to talk. One day, the officer takes A to the law enforcement unit to take his statement. Meanwhile, other officers placed recording devices on H›s body. After returning from the police station, H asked A various questions. H explains that the recorder did not work, but that A confessed to the crime after returning from the law enforcement unit. H›s explanations have an impact on the conviction of A. Allen v Britain (2002) 48539/99.

[125] Şahin (n 2) 179.

[126] Rogall (n 33) 170. There is a legally significant difference between a person who communicates with a suspect within the framework of a game organised by the public authorities and a person who tells the police what he has randomly heard about a crime. In fact, this difference is so important that in the second case, deception cannot even be mentioned, whereas in the first case, the existence of deception violating free will should not be doubted. Indeed, in cases where the public authorities organise a person to interview the suspect, he is used as a tool to reveal an incident of which he is accused, since his free will is violated. This is because without the intervention of law enforcement, the conversation between the person and him would not have occurred; he would not have made self-incriminating statements. Karaaslan (n 73) 611.

the public authority provoke the suspect.[127] Therefore, the fact that the private person conceals his real intention within the framework of a game organised by the investigating authorities and informs the law enforcement of the content of, for example, a telephone call or a private interview with the suspect is sufficient, deception to violate his free will.[128] To think otherwise is to regard the suspect not as a subject of criminal proceedings, but only as an object from which information is obtained. This is clearly incompatible with modern criminal procedure law, whose aim is not to find the material fact at any cost.[129]

It is indisputable that the law enforcement officer, acting in an open manner without concealing their official capacity, must inform the suspect against whom there is a concrete suspicion before making his statement. If the officer does not inform, the information provided by the suspect cannot be used. Accordingly, if the officer does not inform the suspect and at the same time conceals his official capacity, the prohibition on the use of information should be even more valid and strict.[130] However, if the officers are not allowed to make a statement without reminding the suspect of his rights, they are also not allowed to use a private person to obtain information. Because what they are not allowed to do themselves, they should not be allowed to do by using private persons.[131]

In a case decided by The German Federal Court of Justice, the reliable person assigned, by the law enforcement regarding the alleged crime made, a private telephone conversation with the suspect and asked him a number of questions regarding the accusation attributed to him. An investigation is being conducted against the suspect for the crime of theft in the housing. In his testimony, a witness stated that the suspect told him that he had committed the crime. Then, the law enforcement organise a phone call between the suspect and the witness. During this call, trap questions prepared in advance by the law enforcement are asked the suspect through the witness. The suspect provides explanations in detail regarding the crime he committed. The officer and a second witness listen to the conversation. The local court decrees the verdict of conviction for the accused in accordance with the second witness's testimony. The attorney objects to the conviction decision on the

[127] Löffelmann (n 35) 55. A telephone conversation organised by law enforcement and secretly listened by officers should not be considered anything other than unlawful. In this case, the inducement to make a telephone call is used as a trick to obtain a statement. The suspect does not realise that a statement is being made. When he tells his story, he does not realise who is on the other side of the device and to whom he is explaining his story. Likewise, during the statement taking, the officer may interrupt the statement-taking process and allow the suspect to speak to a third party in the belief that he is not being listened to by anyone else. Or the officer may, at the end of the statement taking, provoke a private conversation between the suspect and another officer so that it can be listened to by another officer. Such behaviour constitutes an abuse of the power to make statements and an indirect deception of the suspect. Consequently, information obtained in this way cannot be considered as evidence. Şahin (n 2) 179.

[128] Zöller (n 91) 95.

[129] Karaaslan (n 73) 608.

[130] Roxin (n 3) 925.

[131] Degener (n 10) 460.

grounds that the testimony of the second witness cannot be used as evidence since it violates the accused's right to remain silent. According to the Court, in the incident that the law enforcement used private persons to ensure that these persons made a telephone call to the suspect and listen to this phone call, the information obtained should not be used since the suspect was not reminded of his rights as a natural consequence of this secret game. Violations of the reminder of rights and the related prohibition of evidence are not limited to formal statement taking. Otherwise, it may cause unfavourable consequences for the suspect's rights. The suspect should benefit from the same rights as during a formal statement taking in "statement taking-like" situations. In other words, in cases where private persons are deliberately used by law enforcement, every word said by the suspect should be considered as if it was said by the suspect during a statement taken by law enforcement. This is because there is no difference in terms of evidential value between the words spoken during the game organised by the law enforcement and the words spoken during the formal statement taking. Therefore, the usability of the evidence obtained during the game organised by the law enforcement should be examined according to the rules governing the evidence obtained during the formal statement taking. In a state of law, the suspect has the right to remain silent when confronted by law enforcement. Therefore, this right must also exist when the suspect is confronted with a private person acting on behalf and account of the law enforcement.[132]

In a case decided by the Turkish Court of Cassation, while C and E, two brothers accused of murder, were waiting for the public prosecutor, an officer and suspect C had several conversations which were secretly recorded by the law enforcement. During the recording, C confessed to the officer that his brother E had killed him with his help. Afterwards, this recording was taken as a basis for the conviction by the local court. The Court of Cassation accepted that the recording was unlawful. According to the Court, any form of deception, in other words, manipulation of will, which prevents the suspect from conducting his defence of his own free will and creates a situation unfavourable to her, cannot have any legal value. The suspect was deceived and prevented from making a defence of his own free will by videotaping the interview, which was conducted in a conversational atmosphere, without his knowledge. Therefore, it is not possible to take the videocassette, which is understood to have been obtained through forbidden statement taking methods, as evidence in the judgement.[133]

In criminal proceedings, taking the statement of the suspect is a procedure that the investigating authorities are in charge of and must be carried out in accordance with a certain procedure. The freedom to make a statement is an absolute freedom,

[132] BGH. 22.03.1995 - 5 StR 680/94.

[133] Yargıtay 1. Ceza Dairesi. 16.02.2004, 2003/3819 Esas, 2004/299 Karar.

and the statement obtained by violating the suspect's will should not be used in the judgement.[134] The material fact is considered legitimate when it is obtained by complying with the rules of law and illegitimate when it is obtained by violating the rules. For this reason, forcing a suspect to give a statement by setting a trap violates, first of all, his general personality rights, the principle of the rule of law and the principle of fair trial that emerges as a result. This situation causes a violation of the person's freedom of statement and therefore general personal rights.

It should also be clarified whether the undercover investigator, in his capacity as a "reliable person", can meet with the suspect and obtain information from him about the investigation and whether this statement can be evaluated in the judgement.

The public officer assigned as an undercover investigator must conduct all kinds of investigations into the crime and to collect evidence.[135] His main duty is not to report and record what he has heard and seen. The undercover investigator must access and collect concrete evidence of the crime; identify the crime subject to the investigation and the responsible persons, informations, documents, and witnesses; and report all these to the authority in full and without delay.[136]

First, the following point should be emphasised. An undercover investigator is assigned to perform a secret activity in accordance with the law. The behaviour of this person within the framework of the law must be confidential due to its nature. The behaviour of this person must not be told or revealed to the suspect.[137] The method of obtaining information from a suspect using the undercover investigator should be distinguished from the method of preliminary interviewing of a suspect by law enforcement in violation of the procedure for a statement taking. When the suspect's statement is taken openly by the officer, the Code of Criminal Procedure[138] regulates the reminding of suspect's rights. As explained in the previous section of the study, this reminder is required. Due to the nature of the undercover investigator procedure, he must not disclose his official investigative task to the suspect. Imagine that the undercover investigator is secretly involved in a drug trafficking organisation. If this officer introduced himself to the suspect as a law enforcement officer and reminded the suspect about his right to remain silent, the whole operation would, of course, be meaningless. Consequently, this officer is not obliged to remind the suspect. In this respect, there is no "a statement taking" anyway, since the undercover investigator does not act as an official interrogator. Rather, it is assumed that a private interview occurs in which the suspect is free to explain and conceal some information. There is

134 Schumann (n 37) 6.

135 The undercover investigator is regulated in § 110a of the German Criminal Procedure Code and Article 139 of the Turkish Criminal Procedure Code.

136 Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 469.

137 Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 11) 434.

138 § 163a of the German Criminal Procedure Code and Article 147 of the Turkish Criminal Procedure Code.

no conflict justifying the obligation to inform. In a procedure in which an undercover investigator is formally assigned, statements made in an interview or conversation without informing the suspect are therefore not subject to the forbidden evidence.[139]

The purpose of the undercover investigator's activity must first be determined. The undercover investigator conducts research to obtain evidence of the crime. Therefore, due to his function of collecting evidence by conducting research, he can talk to the suspect and other persons. The undercover investigator tries to obtain information by talking to the suspect and other persons related to the crime. These interviews or conversations are not statement taking but are part of the investigative procedures. The undercover investigator's interview with the suspect, in other words, listening to him about the crime committed, is not a formal statement-taking procedure, but can be considered as questioning similar to a statement-taking. These statements of the suspect shall be included in the proceedings as legitimate evidence. Due to this evidence, the undercover investigator will be able to become a witness.[140]

The suspect should not be forced to speak. The opposite is true. The public authority does not have the right to obtain a statement, but the suspect has the right to remain silent. Any "trick" to induce the suspect to break his silence is unlawful.[141] Such behaviour means withdrawing the information on rights that has already been provided and reducing the importance of these rights.[142] Therefore, if he has exercised his right to remain silent, it should be considered as a forbidden procedure to bring an undercover investigator in front of the suspect and thus cause the suspect to make self-incriminating statements.[143] The fact that a suspect who has exercised his right to remain silent is confronted by an undercover investigator whom he already knows or has met in prison, for example, should be considered as a deception.[144] Information obtained through behaviour that violates the exercise of the right to remain silent will be unlawful. Confessions obtained by establishing a relationship of trust between the undercover investigator and the suspect who has exercised his right to remain silent are therefore a violation of the prohibition of deception. According to the German Federal Court of Justice, arguing a similar opinion, as a rule, the information obtained by the undercover investigator from the suspect may be used in the proceedings. This is because the undercover investigator is officially assigned, and the confidentiality of the activity carried out by the investigator is based on the law. Obtaining information

139 Zöller (n 91) 96.

140 Ünver ve Hakeri (n 13) 469.

141 Roxin (n 3) 920.

142 Mahlstedt (n 6) 142.

143 If a suspect states that he wishes to remain silent in an investigation, his decision must in any case be respected in accordance with the right against self-incrimination. This is because the purpose of using a undercover investigator here is to directly violate the suspect's right to remain silent. Even if the secret investigator is officially assigned, this is unacceptable. This therefore constitutes a legal limit for the officially assigned undercover investigator to obtain information from the suspect. Arslan (n 50) 321.

144 Mahlstedt (n 6) 223.

from the suspect because of the confidential activity must of course also be concealed from him. This situation cannot be compared to a violation of the suspect's freedom of will through ill-treatment, fatigue, physical interference or torture. Therefore, the suspect's making a statement to the investigator is no different from the suspect's making a statement to a reliable friend, acquaintance or other third party. However, the undercover investigator may not pressure a suspect who has exercised his right to remain silent to make a statement in violation of the relationship of trust created. The investigator may not obtain information about the crime from the suspect in a statement-taking like interview. Obtaining evidence in this way violates the right against self-incrimination and leads to the prohibition of the use of evidence. Consequently, although the undercover investigator is not prohibited from obtaining information from the suspect, if the investigator violates his right to remain silent, the use of the evidence obtained from the conversations is prohibited.[145]

### 3.5. Spontaneous Statements of the Suspect

A situation similar to the statement-taking process is the spontaneous statements made by the suspect to the law enforcement. These statements of the suspect were made without an official request for information.[146] He makes some statements about the crime without waiting for a question or warning. In this situation, there is no statement-taking process and it becomes almost impossible to remind the suspect of his rights, especially the right to remain silent.[147]

Spontaneous statements are not intended to bypass the rules governing the taking of statements. These statements must be legally meaningful and may be used as evidence in the proceedings.[148] Such spontaneous statements are of great importance for the investigation. The suspect feels completely free in his statements. There is absolutely no pressure of a statement taking-like situation in which he feels obliged to make a statement due to the official behaviour of the law enforcement. Therefore, spontaneous statements made by the suspect without the intervention of law enforcement should be considered within this scope.[149]

---

[145] In this case, A was suspected of having killed a fifteen-year-old girl. A, openly exercised his right to remain silent. As the law enforcement had no other evidence at the time, an undercover investigator was assigned. This investigator met A, who had been arrested. The investigator was introduced to A during a prisoner transfer and subsequently visited him several times in prison. After leaving prison, the undercover investigator found an apartment for A and became a friend with him. Recalling the relationship of trust between them, he finally asked A to tell the truth about the case. Relying on their friendship, A confessed to the undercover investigator that he had committed the crime. BGH. 26.07.2007 - 3 StR 104/07.

[146] Meyer Goßner und Schmitt (n 18) 705.

[147] Degener (n 10) 462.

[148] Evidence obtained through a spontaneous statement may be included and used in the proceedings without restriction, even if the suspect subsequently wishes to exercise his or her right to remain silent. Anneke Petzsche, "Belehrungspflichten vor der ersten Vernehmung: Verwertbarkeit von Spontanäußerungen revisited" (2021) 133 (2) ZSTW 502, 507. According to the German Federal Court of Justice, arguing a similar opinion, if a person wishes to make a statement of his own free will and is not pressurised to make a statement, the use of such statements is legitimate. BGH. 09.06.2009 – 4 StR 170/09.

[149] Petzsche (n 148) 506.

In the event that the law enforcement prepares the opportunity for the suspect to make a statement by creating a conversational atmosphere, that is, by developing a friendship with the suspect, there can be no spontaneous statement. İn other words, in this case, a procedure in which prohibited methods are used is applied. If the law enforcement induces the suspect to talk by creating a conversational atmosphere and recording these conversations, there is a statement taken by unlawful methods.

In a case decided by The German Federal Court of Justice, a mother and daughter who started a fire by being angry with the homeowner were rescued at the last moment. When the law enforcement officer who arrived at the scene reminded both of them of their rights, the mother and daughter told the officer that they wanted to exercise their right to remain silent. The mother and her daughter were then taken to the hospital for treatment. The mother frequently asked the other officer who was with her at the hospital about her daughter's health. When the officer told her that her daughter was in good health, the mother confessed that she and her daughter had burned down the house. This confession of the mother was accepted as legitimate evidence by the local court. This statement was also considered by the Federal Court of Justice as a spontaneous statement. According to the court, the other officer did not set the mother up in the incident. The mother makes a spontaneous statement without giving the officer the opportunity to remind her of her rights. Perhaps the law enforcement did not know whether the mother was a suspect in the fire incident. Perhaps the officer thinks that the fire was accidental. Therefore, the mother's confession at the hospital has evidential value within the scope of spontaneous statements.[150]

Spontaneous statements made by the suspect are not considered in terms of the concept of statement taking. They are considered independently of the rules applicable to statement taking.[151] In other words, sudden - spontaneous statements made by the person who encounters the law enforcement without giving the law enforcement the opportunity to remind him of his rights or to tell him what the accusation is or to ask questions for the purpose of gathering information cannot be considered as a statement.[152] For example, the officer goes to a house close to the crime scene. The person who opens the door is told by the officer that there is an investigation into a crime committed near this house. In this case, the person tries to defend himself before the officer says anything and does not allow the officer to say anything. In the information he gives to the officer, the person accuses himself of the incident and

[150] BGH. 06.03.2018 - 1 StR 277/17.

[151] Demirbaş (n 1) 51.

[152] Beulke und Swoboda (n 17) 3.

accepts that he committed the crime.[153] These statements made spontaneously by the suspect should be used as evidence. Because these statements are not within the concept of statement taking. Naturally, the person may cause himself to be accused with his spontaneous statements.[154] In such a case, a spontaneous statement is a situation where the law enforcement officer does not intend to bypass the rules of statement-taking process. Therefore, it is not considered a prohibition of evidence.

The right against self-incrimination is not a protection against all forms of self-incrimination. Such a right exists only where the public authority is dominant. Therefore, it is possible for the person to accuse himself in spontaneous statements. Moreover, the right against self-incrimination also includes the right to accuse. Therefore, without violating the suspect's will in any way, spontaneous statements made by the suspect before the statement is taken are legitimate and can be evidence in the proceedings.[155]

### 3.6. Impact of the Preliminary Interview on the Following Investigation

The reason for the existence of the investigation stage in the criminal procedure is to research whether there is a need for a criminal case.[156] This stage of the criminal procedure is of great importance for all parties. Indeed, since the first steps are often decisive, all care must be taken in the investigation stage. Because the mistakes that occur at this stage are very difficult to correct later on. In this respect, care must be taken to ensure that the interview of the law enforcement with the suspect during the investigation stage is not unlawful and does not adversely affect the subsequent procedural proceedings.[157]

After that the preliminary interview is within the scope of forbidden evidence and cannot be considered as evidence in the trial is explained in detail, it should also be clarified how the preliminary interview will affect the following statement taking.

The question of how the ongoing effects of a procedural violation can be eliminated has fundamental importance. For this purpose, it should first be determined whether it is possible to correct executional mistakes, and then how wrong or neglected instructions can be corrected.

---

153 According to another example, during the plundering incidents, hundreds of people entered the street clash with the police and dozens of police officers were injured. It is easy to imagine the chaos. However, while such plundering incidents are fortunately infrequent, similar situations in which the police are heavily involved and confronted with potential or actual violent groups are common. After being taken to the police vehicle, one of those detained in the scene spontaneously told the officer in the vehicle about the incident. He has not yet been reminded of his rights. As soon as he gets in the vehicle, he states that he was involved in the incidents but that he never intended to injure the police officers with the bottle he threw. Petzsche (n 148) 503.

154 Meraklı (n 8) 1555.

155 Degener (n 10) 464.

156 Yenisey ve Nuhoğlu (n 16) 564.

157 Degener (n 10) 446.

A procedural violation may result in defectiveness in the following procedure if it impacts the following statement taking.[158] The suspect, who confessed his crime during the preliminary interview, which is unlawful, is interrogated for his confession during the preliminary interview during the statement-taking process after his rights are notified. In this case, a direct connection can be established between the preliminary interview and the following statement. The preliminary interview was used as a reason for statement taking.[159] In this case, the following statement should also be considered forbidden evidence because the following legal actions will be built on another illegitimate investigation.[160] However, that the preliminary interview will be forbidden evidence and will not be taken into account in the trial is explained to the suspect by the law enforcement during the statement-taking process and if a new statement taking is done in accordance with the procedure, this statement taking should not be considered as forbidden evidence in this case.[161] In German law, this notification is defined as a qualified informing obligation for the subsequent statement to be valid. The qualified informing obligation is a concept created to make it possible to use the suspect's statements as evidence in the process after the preliminary interview. Accordingly, if the suspect is not reminded of his rights during the preliminary interview with the officer, the suspect's statement cannot be used in the proceedings. However, when the law enforcement want to take his statement after the preliminary interview, his rights must naturally be reminded in order for the statements obtained in this new statement-taking process to be used as evidence in the proceedings. However, if the suspect's statement is taken in this way after the preliminary interview, it is not sufficient to merely remind him of his rights in order for his statements to be used. In addition to the reminder of his rights, the suspect must also be informed that the statement previously taken at the preliminary interview without being reminded of his rights cannot be used as evidence in the proceedings. The second statement taken in this way will not be affected by the illegality of the first statement made during the preliminary interview with the suspect. The second statement in the statement-taking procedure may be used as evidence.[162]

## Conclusion

In the criminal procedure, taking the statement of the suspect is one of the most important procedures of the investigation state. The statement, on the one hand, gives the suspect the opportunity to defend himself and, on the other hand, contributes to reaching the material fact. In addition, in case he makes a statement, his statements

158 Baumann (n 67) 39.

159 Artkämper und Schilling (n 90) 50.

160 Schaal (n 17) 122. See for similar opinions. BGH. 20.12.1995 –5 StR 445/95.

161 Rogall (n 33) 167. See for similar opinions. BGH. 18.09.1987 - 3 StR 398/87.

162 Löffelmann (n 35) 52.

determine the direction of the investigation and prosecution and help the collection and evaluation of evidence. Due to the possibility of forbidden procedures while making a statement, how the statement is made is also important in terms of protecting his rights.

In practise, an informal interview is conducted with the suspect before the statement taking in order to remove the guarantees of the statement taking for him. This may be called a preliminary interview. It should be considered unlawful that the investigative authorities take a statement with another method by manipulating the law in order to rule out the provisions of the statement-taking process that protect the rights and freedom of the suspect. After the suspect is identified, the law enforcement asking questions or trying to obtain a statement in any way should be considered statement taking. An effort to take a statement without complying with the statement taking procedure –whatever- it is called should be accepted useless since it is an undefined research method.

The preliminary interview is made as a research method in practise. At the end of this procedure conducted in a conversational mood, some notes are taken and these notes are used in preparing a police enquiry report by the law enforcement. The law enforcement enquiry report, including the information obtained during the preliminary interview, is submitted to the Public Prosecution Office and an indictment is drawn up based on the police enquiry report, including information that should not be taken into account by the prosecutor's office, but should be considered as an unlawful activity.

The function of legal statement taking is eliminated with the establishment of a preliminary interview in practise. In fact, the taking of the statement is considered as unlawful by the suspect due to the unlawfulness of the preliminary interview. As a result of the use of unlawful methods as preliminary interview, the investigation activity, which began under concrete and legal conditions, is left implicit as much as possible and only conclusions are submitted to the judicial authority. Although it may be argued that the prohibitions on obtaining and assessing evidence provide assurance for the suspect, the submission of files "free from forbidden evidence" to the court, which is the proceeding authority, actually eliminates this assurance.

The fact that the law enforcement prefer to take statements with the unlawful method indicates that they do not have enough competence in terms of the effective characteristic of the investigation. While an officer with sufficient competence can access information with the help of this characteristic, he may prefer to act against the law when he does not have sufficient competence.

In practise, with the use of concepts such as preliminary interview, the concept of taking a statement and the legal guarantees attached to the concept of taking a statement are tried to be violated. It can be said that this is due to the difficulty of abandoning the use of the evidence actually obtained in practise. However, the investigating authorities must consider the guarantees regulated in the law in favour of the suspect. Because only if these guarantees are taken into account, the judgement taken at the end of the proceedings will be legally satisfactory. In order to reflect the principle of the rule of law in the concrete case, the investigating authorities should act with a sense of duty and should not refrain from reminding the suspect of his rights. Courts should also support such behaviour with their decisions. Therefore, law enforcement should not abandon the classical concept of taking a statement. They should refrain from applying exceptions to the concept of making a statement, such as a preliminary interview with the suspect. Otherwise, the rule of law and the right to a fair trial will certainly be adversely affected.

Concealing the identity of the law enforcement or using a third party to destroy the rules that protect the suspect during the statement-taking process directly violates the will of the suspect. İmagine living in a society where deception is the order of the day. It would be impossible to make rational decisions and live a meaningful life. How would it be possible to decide whether a certain type of behaviour is appropriate and, whether it is important to strive for a certain goal? Free personal development would be meaningless. Because in the absence of will, no one would know why one should behave as one does.

During preliminary interview, it is not ensured by the authorised person in the investigation that the suspect consciously provides information concerning the procedures. By taking his statement, the information necessary for the trial should be provided by the suspect consciously. He should not be set up while being heard. The person who took the statement should appear before the suspect in his official capacity, remind him of his legal rights, and ask the suspect to testify and give information about the case.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

## Bibliography/Bibliyografya


Arslan M, *Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung* (Duncker&Humblot 2015).

Artkämper H und Schilling K, *Vernehmung* (VDP 2010).

Baumann J, "Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage" (GA 1959) 33-44.

Beulke W, "Die Vernehmung des Beschuldigten, einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft" (StV 1990) 180-185.

Beulke W and Swoboda S, *Strafprozessrecht* (CF Müller 2020).

Bosch N, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare"* (Duncker & Humblot 1998).

Brunhöber B, "Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis" (2010) (12) ZIS 761–770.

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2020).

Degener W, "§ 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten" (1992) GA 443-469.

Demirbaş T, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* (Seçkin 2015).

Gau P J, *Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136a StPO als Verfahrenshindernis* (Tenea 2006).

Gökpınar M, "Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması" (2023) 31 (2) SÜHFD 665-701.

Graf JP, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2019).

Jäger C, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess* (CH Beck 2003).

Karaaslan R, "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneği Üzerinden Bir İnceleme" (2021) 25 (2) AHBVÜHFD 555-621.

Koca M, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı" (2000) 4 (1-2) AÜEHFD 105-146.

Kramer B, *Grundlagen des Strafverfahrensrechts* (Kohlhammer 2014).

Kraschutzki H, "Die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter Lis im Rahmen des § 136a StPO an Hand ausgewählter Fallbeispiel unter besonderer Berücksichtigung des so genannten Telefonmithörens durch Polizeibeamte" in: Grenzüberschreitende Polizeiarbeit, Martin Möllers (Hrsg.) (2005) 11-31.

Löffelmann M, *Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren* (De Gruyter Recht 2008).

Mahlstedt T, *Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei* (Duncker & Humblot 2011).

Meraklı S, "İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri" *Feridun Yenisey'e Armağan Cilt I* (2014) Bahçeşehir Üniversitesi Yayını 1549-1633.

Meyer Goßner L und Schmitt B, *Strafprozessordnung: Kommentar* (CH Beck 2020).

Moormann H, *Die informatorische Anhörung im Ermittlungsverfahren* (1989).

Otto H, "Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren" (1970) GA 289-305.

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (Seçkin 2020).

Öztürk B, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2020).

Petzsche A, "Belehrungspflichten vor der ersten Vernehmung: Verwertbarkeit von Spontanäußerungen revisited" (2021) 133 (2) ZSTW 502-521.

Roxin C, "Zum Beweisverwertungsverbot bei unterbliebener polizeilicher Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht" (1992) (18) JZ 918-925.

Rogall K, "Die erste Vernehmung des Beschuldigten" (2015) (9) RechtsBrücke 157-173.

Schaal IM, *Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren* (Tenea 2002).

Schumann A, *Verhör, Vernehmung, Befragung* (Mohr Siebeck 2016).

Şahin C, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması* (Yetkin 1994).

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin 2021).

Turhan F ve Aksan M, "Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi" (2020) 24 (2) AHBVÜHFD 289-331.

Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku (Adalet 2020).

Vetter M, *Verteidigerkonsultation im Ermittlungsverfahren* (Duncker & Humblot 2018).

Yenisey F ve Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (Seçkin 2020).

Zöller MA, "Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler" (2014) (2) CHKD 85-103.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1379-1407

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.000x
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

**Başvuru:** 06.05.2024
**Revizyon Talebi:** 27.08.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 16.09.2024
**Kabul:** 24.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# Limited Şirket Kanuni Temsilci ve Ortakları Hakkında İhtiyati Haciz Uygulanması Konusunda Oluşan İçtihat Aykırılığının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Karar Eleştirisi

**Sinan Avcı***

**Öz**

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, limited şirket kanuni temsilci ve ortakları hakkında şirket borçları nedeniyle güvence önlemleri uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Danıştay daireleri arasında oluşan içtihat aykırılığına yönelik içtihatları birleştirme başvurusunu reddetmiştir. Kararda, aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek boyuta ulaşmadığı, mahkemelerin takdir hakkına öncelik verilmesi gerektiği, içtihadın uygulamada kendiliğinden birleşebileceği ve içtihatların birleştirilmesi için kanunda yer alan şartlardan biri olan "lüzum" unsurunun gerçekleşmediği belirtilmiştir. Karar birçok yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle birleştirme başvurusunda seçmece kararlara yer verilmesine rağmen aykırılık bu kararlardan çok daha eskiye dayanmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yüksek mahkemeler nezdinde üç ya da dört yıl süren içtihat aykırılıklarını kabul edilemez bulduğu emsal kararları da dikkate alındığında başvuru konusu aykırılık bakımından da derin ve süregiden bir çelişkinin oluştuğu görülmektedir. Kurul, mahkemelerin takdir hakkını vurgulayarak içtihadın uygulamada kendiliğinden birleşebileceğini belirtmiş olsa da aykırılığa sebebiyet veren "amme borçlusu" teriminin yer aldığı 6183 sayılı Kanun 3. maddenin çok uzun yıllardır yürürlükte olduğu dikkate alındığında, normun uygulanması bakımından yeknesak bir yorumun başvuru tarihine kadar geliştirilmesi gerektiği açıktır. Şimdiye kadar bu sağlanamadığı gibi dairelerin kendi içindeki kararları bile süreçte farklılık göstermiştir. Mevcut durumda Danıştay'ın 3 ve 9 numaralı daireleri tarafından gerçekleştirilen temyiz incelemesinde, kanuni temsilci ve ortaklar hakkında uygulanan güvence önlemlerinin iptal edileceği; Danıştay'ın 4 ve 7 numaralı daireleri tarafından gerçekleştirilen temyiz incelemesinde ise davaya konu güvence önleminin geçerli kabul edileceği şeklinde ikili bir durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi bir ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçlar ortaya çıkması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırıdır.

**Anahtar Kelimeler**

Derin ve Süregiden Çelişki, Kanuni Temsilci, Hukuki Öngörülebilirlik, Yargılanma Hakkı

## Evaluation of the Contradiction In the Case Law Regarding the Application of the Precautinart Attachment to the Legal Representatives And Shareholders of Limited Liability Companies In The Context of The Principle of Legal Security: Criticism of The Decision Of The Council Of State Unification of Jurisprudence

**Abstract**

The Unification Board of the Council of State rejected the application for unification of case law regarding the conflict of jurisprudence between the chambers of the Council of State on whether security measures should be applied to the legal representatives and partners of limited liability companies due to company debts. The Board stated that the conflict did

* **Sorumlu Yazar:** Sinan Avcı (Arş. Gör.), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye. E-posta: sinanavci@sakarya.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2160-4685

**Atıf:** Avci S, "Limited Şirket Kanuni Temsilci ve Ortakları Hakkında İhtiyati Haciz Uygulanması Konusunda Oluşan İçtihat Aykırılığının Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Karar Eleştirisi" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1379. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.000x

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

not reach a level that would damage legal stability and that the "necessity" element of the law was not met. The decision is open to criticism in many ways. First, the decisions included in the unification application are selective, and the contradiction that started much earlier constitutes a deep and ongoing contradiction. It is clear that a uniform interpretation should have been reached by now in terms of the application of the norm, considering that the differently interpreted article of the law has been in force for many years. In the current situation, there is a dual situation in which Chambers 3 and 9 of the Council of State will annul the assurance measures applied to legal representatives and shareholders on appeal, while Chambers 4 and 7 will accept the assurance measure subject to the lawsuit as valid. As stated by the Constitutional Court, it is contrary to the principles of legal certainty and foreseeability to have contradictory results based on the possibility that a decision will be upheld if it falls to a certain chamber and will be reversed if it is handled by another chamber.

**Keywords**
Profound and long-standing conflict, Legal Represantative, Legal predictability, Right of a Fair Trial

## ***Extended Summary***

Legal security requires that the rules of law are certain, that the legal order continues in stability and that individuals can foresee the consequences of the rules to be applied to them. There is no doubt that this predictability must be ensured by the courts. It is clear that it is a requirement of a fair trial that similar decisions are rendered in similar disputes, that the parties can foresee the decision to be rendered in a case, and that certainty is ensured in the application of the rules of law. The European Court of Human Rights, which interprets the principle of the rule of law together with the fundamental rights and freedoms protected by the European Convention on Human Rights, has evaluated the different decisions of the courts on similar issues within the scope of the right to a fair trial and has developed two criteria. The first criterion is the deep and continuing nature of the contradiction, and the second is the existence of a mechanism in national law to resolve this contradiction, whether this mechanism was used in the applicant's case, and if so, what result was obtained. The Court states that the States Parties are obliged to harmonise their jurisprudence and that the supreme courts in particular are the most important mechanism for resolving conflicts. The Court, which also imposes a responsibility on the high courts in this sense, characterises the issuance of deep and persistent contradictory decisions by the high courts as a practise that undermines the principle of legal security and violates the right to a fair trial. The Court, which evaluates whether a deep and persistent contradiction has occurred in each concrete case, does not consider it a violation if the issue that constitutes a contradiction of jurisprudence is resolved in one and a half years and decisions are rendered in accordance with this resolution in subsequent cases, while it considers the continuation of the contradiction for up to three or four years as a violation of the right to a fair trial. The Turkish Constitutional Court also adopted the criteria and assessments of the European Court of Human Rights regarding the impact of jurisprudential differences in the right to a fair trial. In particular, with regard to the differences of jurisprudence before the higher courts, the Court considers the possibility that a decision will be upheld if it falls within a certain

chamber and will be overturned if it is dealt with by another chamber, resulting in conflicting and contradictory outcomes, contrary to the principles of legal certainty and predictability.

One of the issues that constitutes a conflict of jurisprudence in Turkish law is the issue of whether the methods of protection of public receivables will be applied to the legal representatives and shareholders of limited liability companies due to the public debt of the company. Although the Council of State Unification of Jurisprudence Board has determined that there are more than one contradictory decisions by the Council of State departments, it has decided that there is no need to unify the jurisprudence by stating that the contradiction in the decisions has not reached a level that would disrupt the legal stability. This decision is open to criticism in many ways. First, the inconsistency in the judgments dates back much further than the judgments cited in the application. When these old decisions are taken into consideration, it is understood that the criterion of deep and persistent contradiction sought in the decisions of the European Court of Human Rights is met. Since Article 3 of Law No. 6183, which creates an interpretation problem between the chambers of the Council of State, has been in force for many years, it is unacceptable that the Council of State cannot develop a uniform interpretation in terms of the application of the norm. Moreover, it is observed that the relevant case chambers have reversed their own decisions on the same issue many times and changed their case law. As such, these decisions create an unpredictable legal order for the legal representatives and shareholders of limited liability companies. In the light of all these explanations, despite the existence of a deep and ongoing contradiction, the failure to eliminate the contradiction by unifying the case law leads to a violation of the right to a fair trial.

## Giriş

Hukukun üstünlüğü, demokrasinin bugün geldiği noktada modern devletlerin gerçekleştirmek istediği en üst ideallerin başında yer alır. Hukuku kişilerin, kurum ya da kuruluşların tümüne egemen kılmayı amaç edinmiş modern devletler, bu nedenle hukuk devleti sıfatını da taşımaktadır. Hukuk devleti, temel hak ve hürriyetlerin korunduğu, devleti oluşturan organların hukuka bağlı bulunduğu, kişilerin kendilerini hukukun belirli ve öngörülebilir yapısının içerisinde güvende hissettiği ve bu güvene binaen hayatlarını ve geleceklerini planlayabildikleri devlet modelini ifade etmektedir. Kişilerde bu güvenlik inancını tesis eden ilke, hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi, gerek yasaların gerek bunların uygulanmasını temin etmek üzere çıkarılan idarenin düzenleyici işlemlerinin açık ve anlaşılır olmasını, çıkarıldıktan sonra mümkün olan en uzun sürede uygulanarak toplumsal düzenin olabildiğince yerleşik ve sabit kurallarla tesis edilmesini, mahkemelerin bu kuralları uygulayarak verdiği kararları gerekçelendirmesini ve kuralların yorumunda yeknesak bir uygulamanın sağlanmasını gerekli kılmaktadır.

Toplumsal hayat sürekli bir devinim halindedir. Toplumsal düzeni sağlamak amacıyla çıkarılan hukuk kurallarının söz konusu değişim karşısında sabit kalması olanaksızdır. Bu farklılaşma, hukuk kurallarının uygulanmasının gözeticisi olarak mahkeme kararlarında da kendisini göstermektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında, hukuk sistemlerinin birden çok mahkemeden oluşması, yeni bir kural ihdas edildiğinde bu kural hakkında uygulama birliği sağlanana kadar belirli bir süre geçmesi gerekliliği gibi nedenler, mahkemelerce verilen farklı kararlar açısından doğal karşılanmaktadır. Hukuk düzenindeki farklı kararlar hukukun gelişimi açısından belirli bir noktaya kadar olumlu olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu kararlardaki derin ve süregiden farklılıklar, uygulanması gereken kural ya da verilmesi gereken kararlardaki öngörülebilirliği zedeleyeceğinden hukuki güvenliği de etkileyecektir. Hukuk kurallarının uygulanması bakımından yeknesak bir yorum ve içtihat birliği sağlanmasında yüksek mahkemelere kilit bir rol biçilmiştir. Yüksek mahkemelere biçilen bu rol, kararlarında yeknesak bir yorum geliştirmek ve içtihat aykırılıklarının giderilmesi bakımından gerekli mekanizmaları işletmektir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, limited şirketin amme borcu nedeniyle şirket kanuni temsilcisi ve ortakları hakkında takip işlemi olmayan güvence önlemlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, Danıştay Dördüncü Daire, Danıştay Yedinci Daire ile Danıştay Üçüncü Daire ve Danıştay Dokuzuncu daire arasında oluşan içtihat aykırılıklarının giderilmesi istemiyle yapılan başvuruda içtihatların birleştirilmesine lüzum bulunmadığına karar vermiştir. Kurul, gerekçe olarak, farklı kararların hukukun gelişimine etkisini ve

mahkemelerin takdir yetkisinin kısıtlanmamasını göstermiş ve uygulamanın kendi kendine birleşebileceğini belirtmiştir. Ancak kurula yapılan başvuruda kullanılan karar künyeleri dikkate alındığında, nispeten yeni tarihli kararların başvuruya konu yapıldığı görülmekle birlikte daireler arası görüş aykırılıkları çok daha eskiye dayanmaktadır. Ayrıca, anonim şirket kanuni temsilcileri bakımından da aynı dairelerce birbirine aykırı kararlar verilmesine rağmen bu kararlar başvuruya hiç konu edilmemiştir. Danıştay'ın vergi davalarına bakmakla görevli daireleri arasında konu bazlı değil coğrafi bazlı bir görev dağılımı yapıldığı dikkate alındığında bu aykırılığın sürmeye devam etmesi kaçınılmazdır.

Limited şirket kanuni temsilci ve ortakları hakkında ihtiyati haciz uygulanıp uygulanmayacağına dair oluşan içtihat aykırılıklarının derin ve süregiden bir nitelik taşıyıp taşımadığının, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun kararında belirttiği üzere içtihatların birleştirilmesine lüzum bulunup bulunmadığının incelendiği bu çalışmada öncelikle hukuk devleti açıklanmış, devamında bu ilkenin bir unsuru ve gereği olarak hukuki güvenlik ilkesi, alt ilkeleri olan belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik ele alınmıştır. Çalışmanın özünü oluşturan çelişkili karar olgusu, hukuki güvenlik başlığı altında İHAM ve AYM konuya ilişkin uygulamaları dikkate alınarak ayrıca irdelenmiştir. İkinci bölümde ise, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun ilgili kararı, olgusal içeriği ve hukuksal içeriği ile incelenmiş ve daire kararları arasındaki aykırılığın derin ve süregiden niteliğe erişip erişmediği, öngörülebilirliği ortadan kaldırıp kaldırmadığı eleştirel bir yaklaşımla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## I. Hukuk Devletinin Bir Unsuru Olarak Hukuki Güvenlik İlkesi

### A. Hukuk Devleti

Çağdaş demokratik rejimlerin temel niteliklerinin başında hukuk devleti ilkesi gelmektedir. Bu ilkeyi kısaca devlet örgütünün eylem ve işlemlerinin hukuki kaidelere bağlı olduğu, kişilerin hukuki güvenlik içinde bulunduğu sistem şeklinde ifade etmek mümkündür.[1] Hukuk devleti, hukuk kurallarının kademeli bir değer sırası ile yapılandığı, normların hiyerarşi içerisinde sıralandığı bir sistemi ihtiva etmektedir. Bu hiyerarşik yapılanma, teşkilatlanma biçimi yalnızca kuvvetler ayrılığına dayanan bir örgütlenme ile gerçekleşebilir. Zira normlar yasama tarafından çıkarılmakta, yürütme tarafından uygulamaya konmakta ve bu iki süreç yargı tarafından denetlenmektedir.[2] Ancak yapılacak her türlü tanımlamaya rağmen ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve

[1] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2005) 113.

[2] İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (9. Bası, Legal 2014) 18; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (14. Bası, Beta 2014) 106.

tek bir tanımla içeriğini tespit etmek güçtür.[3] Aynı güçlük, hukuk devletinin neleri gerekli kıldığını belirleme noktasında da geçerlidir. Hukuk devletinin tüm gerekleri konusunda görüş birliği mevcut olmasa da genel kabul gören birtakım gereklilikleri söz konusudur.[4]

Hukuk devletinin temel gerekleri; yasama, yürütme ve yargının hukuka bağlı olmasıdır.[5] Hukuk devleti ilkesi, ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığını gerektirmektedir.[6] Yürütmenin topluma ve toplumun işleyişine bakan yüzü olan idare, yasama tarafından çıkarılan kanunlara uygun hareket eder ki, bu ilkeye *"idarenin kanuniliği (kanuni idare)"* ilkesi denir.[7] İdare, kanunların kendisine takdir hakkı tanıdığı hallerde dahi bu yetkiyi objektif mahiyetli genel düzenleyici işlemlere bağlı olarak öngörülebilir bir şekilde kullanmak zorundadır. Bu zorunluluk *"düzenli idare ilkesi"* kavramıyla ifade edilmektedir.[8]

İdarenin hukuk kurallarına bağlılığı, bu ilkelere uygun hareket edip etmediği yargı tarafından denetleneceğinden, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması önem arz etmektedir.[9] Yargının bu işlevini sağlıklı yerine getirebilmesi ise mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmasına ve hakimlik teminatının sağlanmış bulunmasına bağlıdır.[10]

Yasama organı, kanun yapma yetkisine sahip olduğundan, onun hukuka bağlılığı Anayasa'ya bağlılığı ifade etmektedir. Anayasa'nın 11. maddesine göre Anayasa hükümleri yasama organı bakımından da bağlayıcıdır ve Anayasa'ya aykırı kanun çıkarılamaz.[11]. Ancak Anayasa'nın yasama organı tarafından usulüne uygun çıkarılan bir kanunla değiştirilmesi mümkündür. O halde, hukuka bağlılığın kanunları da aşan bir perdeden sağlanması gerekir. Bu noktada hukuk devleti ve kanun devleti arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Zira hukuk devleti doğrudan kanun devleti anlamını taşımaz. Hukuk kavramı, kanun kavramını aşan bir niteliğe sahip bulunduğundan hukuk devleti kanun devletinin üstündedir. Hukukun üstünlüğü kavramı, baskıcı ve adaletsiz rejimlerin kanunlarının aksine koruyucu ilkelere, üstün değerlere dayanmaktadır.[12]

---

3 Nami Çağan, 'Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme' (1980) 37(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129, 137.

4 Metin Günday, *İdare Hukuku* (7. Baskı, İmaj 2003) 38.

5 Kemal Gözler, *İdare Hukuku-Cilt I* (3. Baskı, Ekin 2019) 137; Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (32. Bası, Turhan 2023) 52.

6 Özbudun (n 1) 113.

7 Günday (n 4) 41

8 Günday (n 4) 41; Gözler (n 5) 142.

9 Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 2) 106; Özbudun (n 2) 113; Gözler (n 5) 139.

10 Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 2) 106

11 Gözler (n 5) 138.

12 Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 2) 106.

1982 Anayasa'sının 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, Anayasa'nın başlangıcında belirtilen temel ilkelere dayalı, laik, demokratik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça düzenlenmiştir. AYM, bu maddeden yola çıkarak hukuk devletini *"(...) eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir."* şeklinde tanımlamaktadır.[13]

## B. Hukuki Güvenlik İlkesi

Hukuki güvenlik ilkesi en temel ifadeyle, bireyler için açık, belirli ve kararlı bir hukuk çerçevesi oluşturulmak suretiyle kişilerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını önceden bilmesi, eylemlerini buna göre yönlendirmesi ve sonuçlarını öngörebilmesini ifade etmektedir.[14] Hukuk devleti başlığı altında da ifade edildiği üzere kişilerin hukuki güvenlik içinde bulunmaları hukuk devleti ilkesinin hayat bulması için vazgeçilmez unsurlardan biridir.[15]

Hukuk devleti ile hukuki güvenlik ilkesi arasında biri *"yapısal"* diğeri *"amaçsal"* iki yönlü bir ilişki bulunmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesinin hukuk devletinin bir alt unsuru olarak değerlendirilmesi, bu ilişkinin yapısal yönünü oluşturmaktadır. Aynı zamanda, hukuki güvenliğin sağlanmış olmasının, hukuk devleti idealine ulaşmada kaçınılmaz olması ve her iki ilkenin de devleti, hukukla ve hukukun genel kaideleriyle sınırlamak sureti ile bireyi korumayı amaçlaması, bu ilişkinin amaçsal niteliğini yansıtmaktadır.[16]

### 1) Hukuki Güvenlik İlkesinin Alt İlkeleri

Hukuki güvenlik, genel hatları ile üç alt ilke etrafında incelenmektedir. Bu ilkeler: Belirlilik, istikrar ve öngörülebilirliktir.[17] Ancak konuya ilişkin çalışmalarda bu konuda bir uzlaşı bulunmadığını da söylemek mümkündür. Zira Erdoğan ve Arıkan hukuki istikrarın öngörülebilirlik ilkesi ile sıkı ilişkisi gereği, istikrar ilkesini öngörülebilirliğin altında incelenmektedir.[18] AYM ise, belirlilik ilkesini ayrı bir ilke

---

13 Anayasa Mahkemesi, 132/69, 01.06.2022.

14 Gözler (n 5) 142; Kaboğlu (n 2) 21; Öncel vd (n 5) 50.

15 Mehmet Altundiş, 'Hukuki Güvenlik İlkesi' (2008) (10) Yasama Dergisi 60, 61.

16 İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet 2016) 25.

17 Köküsarı (n 15) 67; Mehpare Çaptuğ, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Seçkin 2020) 60; Taha Ayhan, 'Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku'nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi' (2010) 43(3) Amme İdaresi Dergisi 153,179; Ejder Yılmaz, 'Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları)' (Filiz 2021) (Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan) 1517,1530.

18 Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (13. Baskı, Siyasal 2017) 118; Abdullah Arıkan, *Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet 2022) 39.

olarak nitelendirmektedir.[19] Ne kadar ayrı bir ilke olarak nitelendirilseler de hukuki güvenliğin hayat bulmasında büyük önemi olan, aynı amaca hizmet eden bu ilkeler, birbirlerine verdikleri katkılar ile daha büyük anlam kazanmaktadır.[20]

### a. Hukuki Belirlilik İlkesi

Hukuki belirlilik ilkesi, kişilerin uymakla yükümlü olduğu hukuk kurallarını açık ve kolay bir şekilde anlayabilmesini, hangi hak ve ödevlere sahip olduğunu bilebilmesini, davranışlarını ilgili normlara göre yönlendirebilmesini ifade eder.[21] Hukuki belirlilik, yasaların belirliliğinden daha geniş bir kapsama sahip olmakla beraber yürütmenin düzenleyici işlemleri ya da mahkeme içtihatları ile sağlanabilen bir unsurdur. Hukuki belirlilik açısından en önemlisi, ilgililerin belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmesine imkân tanıyacak bir normun ya da yorumun varlığıdır.[22]

Hukuki belirlilik, ilk olarak, kanunların belirli ve denetlenebilir olmasını gerektirmektedir. Zira kanunlar, hukuk düzenindeki adaleti temin etme vazifesini üstlenmesi dolayısı ile *düzenleme*; öngörülebilir ve neticeleri hesap edilebilir niteliği ile *garanti*; düzene duyulan güveni tesis etme yönüyle *güven sağlama* fonksiyonlarını taşımaktadır.[23] Bu bağlamda yasama organı, yasal düzenlemelerde muğlak ifadeler içermeyen, açık ve anlaşılabilir bir dil kullanmalıdır.[24] Kanun metinleri, bireylerin kendi başlarına ya da bir hukuki yardım neticesinde, somut eylem veya olguların ne gibi sonuç ve yaptırımlara tabi olduğunu, belirli bir kesinlik ve açıklıkta öngörebilmelerine imkân tanıyacak şekilde kaleme alınmalıdır.[25] Birbiri ile doğrudan çelişkili olmasa da aynı konuda farklı yorumlara imkan tanıyan, anlam ve kapsam bakımından belirsiz kuralların varlığı halinde kanunilik ilkesinin de bir gereği olan belirlilik ilkesinden bahsedilemez.[26]

Hukuki belirlilik ilkesinin yargı erkini ilgilendiren yönü, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasıdır. Zira mahkemelerin görevi, bakmakta oldukları davaya konu uyuşmazlığı; adil, tarafları tatmin edici, açık ve gerekçeli olarak tesis edilmiş bir hükümle sonuçlandırmaktadır.[27] Gerekçe, hukuki sorunların nasıl ele alındığını, nasıl

---

19 *'Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır.'* İlgili karar için bkz Anayasa Mahkemesi, 39/65, 22.05.2013

20 Harun Yılmaz, *İdari Usul Hukukunda İdari İstikrar İlkesi* (On İki Levha 2019) 179.

21 Yıldırım Taylar, Özgecan Gök, Burcu Demirbaş Aksüt, Emine Sevcan Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi* (On İki Levha 2020) 11; Yılmaz (n 16) 1530.

22 Anayasa Mahkemesi, 63/106, 25.11.2015.

23 Taylar vd (n 20) 11.

24 Yılmaz (n 16) 1531; Arıkan (n 17) 41.

25 Anayasa Mahkemesi 52/160, 26.12.2013.

26 Billur Yaltı, 'Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında 'Çelişik Mevzuat' ve 'Çelişik İçtihat' (2011) 276 Vergi Sorunları Dergisi 7, 16.

27 Yılmaz (n 16) 1531.

sonuçlandırıldığını, mevcut olay ekseninde ortaya koymaya çalışan, kendi içinde mantıksal bir bütünlük taşıyan yapıdır.[28] Sebep-sonuç ilişkisi iyi ortaya koyulmuş ve gerekçelendirilmiş bir karar, kamuoyu denetiminin hayata geçirilmesine de hizmet etmektedir.[29]

Hem düzenleme yapma hem de işlem tesis etme yetkisi bulunan yürütmenin, hukuki belirliliği sağlama yükümlülüğü, bir yönüyle yasamadan diğer yönü ile yargıdan beklentilerle benzer nitelik taşımaktadır. Öncelikle kanunların uygulanmasını göstermek üzerine çıkarılan yönetmelik, tebliğ gibi alt hukuki metinlerin açık ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Belirlilik, bu düzenlemelerin kişiler açısından benzer şekilde uygulanması keyfiliği önlemekte ve bireysel şüpheleri ortadan kaldırmaktadır.[30] Gerekçelendirilmiş bir idari işlem ise, tıpkı gerekçeli mahkeme kararlarında olduğu gibi işlemin sebep ve sonuçları hakkında bilgilendirilmiş kişilerin işlemin doğruluğu hakkında değerlendirme yapabilmesine olanak tanımaktadır.[31]

### b. Hukuki İstikrar İlkesi

Hukuki istikrar ilkesi, en basit ifade ile kuralların ihdası ve uygulanmasında devamlılık bulunmasını ifade etmektedir.[32] Toplumsal düzenin tesisi için getirilen kuralların toplumda yerleşmesi, uzun bir zaman gerektirmektedir. Bireylerin kendi durumları ile ilgili plan, düşünce ve kararlarında dikkate aldığı bu kurallar, mümkün olan en uzun süre varlığını sürdüreceğine dair bir ön kabul ile ihdas edilmektedir. Kuralın sabit kalması, oluşturduğu güven vasıtası ile toplumda istikrar inancına dönüşmektedir.[33]

Bireylerin ilgili kuralların makul bir süre varlığını sürdüreceğine güvenerek gelecekteki hukuki durumlarını öngörmeleri için de bu kuralların sık ve keyfi bir şekilde değiştirilmemesi hukuki istikrarın bir gereğidir.[34] Ancak ifade edildiği üzere, hukuk kurallarının değişen toplumsal koşullara ve gelişen şartlara göre sabit kalması olanaksızdır. Bu nedenle değişiklik ihtiyacı ile sabit kuralların sağlayacağı güven ihtiyacı arasında hassas bir denge kurulması büyük önem arz etmektedir.[35]

Söz konusu denge kurulamadığında veya kuralların birbirinden farklı hükümler öngördüğü ihtimalde, neticelenmiş işlemlerin hangi kurala tabi olacağı ya da önceki kural döneminde elde edilen kazanımların akıbetinin ne olacağı gibi hususlar

[28] Taylar vd (n 20) 12.

[29] Taylar vd (n 20) 14; Yılmaz (n 16) 1533.

[30] Yılmaz (n 16) 1532; Çaptuğ (n 16) 60; Serpil Erdem ve A. Bumin Doğrusöz, 'Türkiye'de Vergilendirme Yetkisinin Mülkiyet Hakkı Yönünden Sınırları' (2023) 421 Vergi Sorunları Dergisi, 13, 33.

[31] Taylar vd (n 20) 14.

[32] Yılmaz (n 19) 64.

[33] Köküsarı (n 15) 104.

[34] Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu* (Seçkin 2003) 189.

[35] Yılmaz (n 16) 1534; Arıkan (n 17) 104.

gündeme gelmektedir. İşte bu durumda, geçmişe etki yasağı ve kazanılmış haklara saygı ilkeleri devreye girmektedir. Kişilerin karar alma sürecinde dikkate aldığı kuralların değişiklik neticesinde öngörülenden farklı sonuçlar doğurması halinde, bu kurallar ilgili kişiler bakımından geçmişe etkili olarak uygulanmaz ve önceki kural zamanında elde edilmiş bir hak, bir kazanım yeni kurala dayanarak elde edilemeyecek olsa dahi hukuki güvenlik ilkesi gereği korunacaktır.[36]

Hukuki istikrarın sağlanmasında yargı erkinin unsuru olarak mahkemeler de önemli bir rol üstlenmektedir. İlke, yargı kararları bakımından ilk olarak aynı durumdaki kişilere aynı hukuki normların uygulanmasını ve benzer yönde karar verilmesini gerektirmektedir. Bu husus özellikle, tek bir mahkemede görev yapan hâkim ya da heyetin, benzer uyuşmazlıklarda birbiri ile tutarlı davranması, kararlarda devamlılık bulunması anlamını taşımaktadır.[37]

### c. Hukuki Öngörülebilirlik

Hukuki öngörülebilirlik, bireylerin kendilerine uygulanacak kuralların neticelerini önceden öngörerek geleceğe dair plan ve kararlarını, hukuki konum ve statülerini buna göre planlayabilmelerini ifade etmektedir.[38] Hukuki öngörülebilirlik, belirlilik ilkesinde bilinen, öğrenilen ve istikrar ilkesi ile varlığı ve neticeleri pekişen hukuk kurallarının neticelerinin önceden tahmin edilebilir olmasıdır.[39]

Hukuki belirlilik başlığı altında ifade edildiği üzere yasaların belirli bir kesinlik ve açıklık içermesi, sıklıkla değiştirilmemesi hukuki öngörülebilirliğe hizmet etmektedir. Öngörülebilirliğin sağlanması bakımından yasama organının misyonu, bu gereklere uygun hareket etmektir. Zira kuralların kamu otoritelerinin keyfi müdahalesine açık bulunması halinde öngörülebilirlikten bahsedilemez.[40] Yine belirlilik ilkesiyle bağlantılı olarak idari usul kurallarının da düzenleyici ve birel işlemler bakımından sonuçları, yürürlüğe giriş zamanı, etki ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı tarih gibi unsurları açıkça ve yazılı olarak barındırması gerekmektedir.[41]

Yürütme bakımından hukuki öngörülebilirliğin diğer yönü ise idari uygulamaları[42] ilgilendirmektedir. Kişiler, idari işlem ve eylemlerin tesis edilmesi sürecinde idarenin

[36] Oğurlu (n 33) 28; Çaptuğ (n 16) 99; Yılmaz (n 19) 66.

[37] Yılmaz (n 16) 1535; Taylar vd (n 20) 24; Yılmaz (n 19) 66.

[38] Erdoğan (n 17) 118; Taylar vd (n 20) 23.

[39] Yılmaz (n 16) 1536.

[40] Billur Yaltı Soydan, 'Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı', (2000) 227 Vergi Dünyası Dergisi 103,108; Kanun metni ve uygulama bağlamında belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması kaliteyi ifade eder ve hukuki güvenliğin sağlanmasına katkıda bulunur. Yunus Emre Yılmazoğlu, *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm & Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması* (On İki Levha 2021) 232.

[41] Çaptuğ (n 16) 107.

[42] İdarenin işlem ve uygulamalarına olan güvenin korunmasıyla ilgili bkz Rabia Yılmaz, *Türk Hukuku Bakımından Vergi İdaresinin İşlem ve Uygulamalarına Olan Güvenin Korunması İlkesi* (On İki Levha, 2019).

genel tutum ve davranışlarının ne yönde olduğunu, hangi yolu izleyeceğini öngörebilir olmalıdır. Bunun neticesi olarak bireylerin, kendilerine benzer konumdaki kişilerden farklı davranılmayacağı, elde ettiği kazanım ve statülerin korunacağı yönündeki haklı beklentileri korunmalıdır.[43]

Geleceğin öngörülebilmesi açısından haklı beklentilerin konumu ayrı bir öneme sahiptir. Zira haklı beklenti kavramı, kazanılmış haklardan farklı olarak bir "hak" içermez. Bireyin tabi olduğu kurallardaki değişiklik neticesinde belirli çıkarlardan yoksun kalması, başlangıçta öngörülen durumun farklılaşması anlamı taşımaktadır. Haklı beklentiler genellikle henüz tamamlanmamış, sonuçlarını doğurmamış idari işlemler bakımından söz konusu olduğundan "hak" statüsü kazandırmazlar.[44] Bu durumda haklı beklentiler, kişilerin öngöremeyeceği değişikliklerin yarattığı olumsuz neticeden etkilenmemeleri açısından hakkaniyet ilkesi gereği korunmaktadır.

Son olarak, hukuki öngörülebilirlik, hukuka ve vicdana uygun, istikrarlı karar verilmesini gerektirmektedir. Hukuk devletinde ihkak-ı hakkın yasak olması, adalet duygusunun mahkemeler aracılığıyla en iyi şekilde gerçekleştirileceğine dair kabulünün bir neticesidir. Yargı mercilerinin istikrarlı ve adil olmalarının bu ilke bakımından sonucu, mahkemelerin benzer uyuşmazlıklar bakımından ne yönde karar verebileceğinin önceden tahmin edilebilmesi, yerleşik bir içtihat oluşturabilmesidir. Aksi bir durum hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturup hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir.[45]

## 2. Hukuki Güvenlik İlkesi Perspektifinden Çelişkili Mahkeme Kararları

Hukuk devletinde, mahkemelerce verilen kararların adil olması gerektiğine şüphe yoktur. Yasaların, benzer durumda olan herkes için, mahkemelerce aynı şekilde uygulanmasını temin etmek, kararların adilliğini sağlayan en önemli hususlardan biridir. Bir kuralın mahkemelerce uygulanmasında bu yeknesaklık sağlanamadığı takdirde, yargı, adalet ve devlete duyulan güven kaybolacaktır. Hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi arasındaki bu ilişkide yargı mercilerinin, özellikle yüksek mahkemelerin rolü büyüktür. Bu başlık altında çelişkili mahkeme kararlarının hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkisi, İHAM ve AYM uygulamalarından yola çıkarak ayrı ayrı incelenecektir.

### a. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Uygulaması

Hukuk devleti ilkesi, İHAS Sözleşmesi'nin önsözünde yer verilen bir ilke olup sözleşmeci devletlerin ortak mirası olarak kabul görmektedir. Hukuk devletinin

[43] Arıkan (n 17) 136; Çaptuğ (n 16) 117; Öngörülebilirlik altında haklı beklentilerin korunması güvenin korunması ilkesinin bir tezahürüdür. Yılmaz (n 42) 35.

[44] Oğurlu (n 33) 34.

[45] Yılmaz (n 16) 1537.

bir unsuru olan hukuki güvenlik ilkesi mahkeme kararları bakımından temelde, yargısal süreçler tamamlandıktan sonra oluşan kesin hükme saygı gösterilmesi[46] ve yargı kararlarında istikrar ve tutarlılığın sağlanması[47] çerçevesinde ele alınmaktadır. Özellikle mahkemeleri ilgilendiren adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin önsözüyle birlikte yorumlanan bir hak olduğundan mahkemelerin hukuk devleti ilkesine aykırı neticeler meydana getiren uygulamaları genel olarak adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.[48]

Ancak İHAM'ın çelişkili mahkeme kararlarıyla ilgili incelemeleri, yalnızca adil yargılanma hakkıyla sınırlı değildir. Özellikle vergilendirme işlemleri, mükelleflerin mülkiyet hakkına yönelen sınırlamalar şeklinde tezahür ettiğinden, mahkemenin konuyu mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirdiği kararları da mevcuttur. Zira Mahkeme, yasanın tekdüze ve tutarlı biçimde uygulanmasının güvence altına alınmasında başarısız olunmasını İHAS Ek Protokol m.1-1 koşulları ile uyumsuzluk yaratan sonuçlar doğurabileceğini belirtmektedir.[49]

Mahkeme öncelikle, alt ve üst dereceli çeşitli mahkemelerden müteşekkil olan yargı sistemleri için, çelişkili kararlar verilmesinin kaçınılmaz olduğunu kabul etmektedir.[50] Hukuki güvenlik ilkesinin içtihatların değişmezliği şeklinde bir hak içermediğini, hatta aynı mahkemeden benzer uyuşmazlıklarda farklı kararlar verilmesinin başlı başına adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurmayacağını, içtihat değişikliğinin mahkemelerin takdir hakkı çerçevesinde bulunduğunu belirtmiştir.[51] Mahkemenin benzer bir olay için farklı yönde karar vermesi, önceki yorum ya da çözümünü tatminkâr bulmadığının göstergesidir.[52]

Mahkeme'nin bu yaklaşımının temelinde, tıpkı Sözleşme'nin de İHAM içtihatları ile yaşayan bir belge hüviyeti kazanmasında olduğu gibi, hukukun dinamik bir

---

[46] *Brumărescu v Romania* App no 28342/95 (ECHR, 28 October 1999) par 61 Kararda, mülkiyetin başvurucuya verilmesi yönünde tesis edilen kesinleşmiş mahkeme hükmüne rağmen, Romanya Cumhuriyet Başsavcısının mahkemeye yaptığı başvuru neticesinde başvurudan evin iadesinin istenmesi talebi incelenmiş ve Mahkeme, başsavcının bu talebi için bir süre sınırlaması bulunmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

[47] *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin v Türkiye* App no 13279/05 (ECHR, 20 October 2011) par 57.

[48] Taşdelen, Okan: 'Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi' (2016) 1(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 987, 988.

[49] Mahkeme, *Serkov* kararının 33 ila 35. paragraflarında özetle şu hususları vurgulamıştır: İHAS P-1-1'in gerektirdiği ilk koşul, mülkiyete kamusal müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğudur. Maddede yer alan "kanun" kavramı, getirilen sınırlamanın ulusal hukukta bir temelinin bulunmasını gerektirmektedir. Söz konusu kanun; ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olmalıdır. Bir yasa kuralının birden fazla yorumu mümkün kılması, tek başına bu kuralın öngörülebilirlik kuralını karşılamadığı anlamına gelmez; ancak yargı organlarının rolü, yoruma ilişkin bu türden kuşkuları kesin olarak ortadan kaldırmaktır. Karar tam metni için bkz Serkov v Ukraine App no 39766/05 (ECHR, 07 July 2011).

[50] Emin Akbulut, 'Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler', Yücel Oğurlu ve Kamala Valiyeva (edr), *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı* (İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları 2021) 473,475; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE), 'Hukukun Yeknesak Şekilde Uygulanmasında Mahkemelerin Rolü' Mustafa Saldırım (edr), *Avrupa Konseyi 20 No'lu Görüş 2017* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2023) 6.

[51] Taşdelen (n 46) 999.

[52] Yunus Emre Yılmazoğlu, 'İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi', (2019) 7(13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 551,553.

yapıya sahip olmasının yer aldığı ve farklı yorumların hukukin gelişimi için zorunlu olduğu ifade edilmektedir.[53] Ancak eskisinden farklı olarak neden yeni bir yorum geliştirildiğinin de iyi gerekçelendirilmiş olması gerekmektedir.[54]

Çelişkili kararlara yönelik başvurular genel itibari ile üç tür iddia çerçevesinde şekillenmektedir. Bunlardan ilki, başvurucu hakkında yerleşik içtihattan ayrılan müstakil, istisnai bir karar verilmiş olması; ikincisi, mahkemenin başvurucunun davası itibariyle içtihat değişikliğine gitmesi; üçüncü ise, aynı konuda birbirine zıt kararlar verilmeye devam edilmesidir.[55] Mahkeme, özellikle istisna sayılabilecek müstakil birkaç kararın mevcut olduğu[56] ve yerleşik içtihadın başvurucunun davasıyla tümden değiştirildiği ve bu yeni yaklaşım ya da yorumun ilerleyen davalarda da sürdürüldüğünün görülebildiği[57] başvuruları, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edici bir belirsizlik bulunmadığı gerekçesi ile reddetme eğilimi göstermektedir.

Adil yargılanma hakkı bakımından sakınca teşkil edebilecek asıl nokta ise içtihadın bir türlü istikrar kazanamaması halidir.[58] Söz konusu istikrarsızlık yeni kabul edilmiş bir hukuk normunun yorumlanması kaynaklı oluşabilmektedir. Böyle durumlarda, mahkemelerin norma ilişkin yorum ve uygulaması yeknesak hale gelene kadar oluşan yorum farklılıklarının hukukun doğasının bir gereği olduğu kabul edilmektedir.[59]

Benzer olay ve hukuksal sorunlar bakımından birbirinden farklı kararlar verildiği ihtimalde, bu çelişkinin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirirken Mahkemenin kullandığı iki ölçüt bulunmaktadır. Bu ölçütler, a) çelişkinin derin ve süregiden[60] nitelik taşıması, b) ulusal hukukta bu çelişkiyi giderecek mekanizmanın varlığı, bu mekanizmanın işletilip işletilmediği ve işletildiyse hangi neticenin elde edildiğidir.[61]

---

53 Taşdelen (n 46) 999; Hakan Pekcanıtez, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019) (144) TBB Dergisi 383, 386; Yaltı (n 25) 16.

54 *Stoilkovska v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* App no 29784/07 (ECHR, 18 July 2013) par 49; Hukuki gelişmelere uygun olarak yeni yorumların ortaya çıkması ve önceki içtihatların terkedilmesi olağan ve kimi zaman da gerekli olup bunun yeterli ve açıkça gerekçelendirilmesi, hâkimin bağımsızlığı ile hukuki istikrar arasında adil dengenin kurulmasına katkıda bulunur. Gamze Gümüşkaya, 'Vergi Yükümlüsünün Hakları Bakımından Çelişkili Yargı Kararları' (Filiz 2020) (Prof. Dr. Süheyl Donay'a Armağan) 168, 172.

55 Taşdelen (n 46) 1000.

56 *Karakaya v Türkiye* App no 30100/06 (ECHR, 25 January 2011); *Teodor v Romania* App no (ECHR, 04 June 2013) par 56.

57 *Soumare v France* App no 23824/94 (ECHR, 24 August 1998) par 40; *Işık v Türkiye* App no 35224/05 (ECHR, 16 June 2009).

58 Taşdelen (n 46) 1001.

59 Yılmaz (n 16) 1550; Pekcanıtez (n 50) 386; Yılmazoğlu (n 50) 600; Gümüşkaya (n 54) 184.

60 İHAM, aykırılığın ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığını değerlendirirken *"profound and long-standing differences"* terimini kullanmaktadır. Terimin *"köklü ve uzun süredir devam eden farklılık"*, *"derin ve süregelen farklılık"*, *"derin ve süregiden farklılık"* şeklinde çevrilmesi mümkündür. Gerek çalışmada yer verilen kaynakların çoğunda gerek AYM kararlarında "derin ve süregiden" ifadesi kullanıldığından bu makalede terimin karşılığı olarak "derin ve süregiden" ifadesi tercih edilmiştir. Ancak İHAM, derin ve süregiden içtihat aykırılığının ne olduğunu tanımlamış değildir. Yalnızca dava bazlı olarak bunun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit etmektedir. Süregiden aykırılık ifadesinden, aykırılığın sürdüğü zaman diliminin kastedildiği çıkarımı yapmak mümkündür. Aykırılığın derin olmasını ise kanaatimce, aykırılık teşkil eden karar sayısı esas alınarak müstakil birkaç aykırı karardan ziyade birden çok kez tekrar eden aykırı karar verilmesi hali şeklinde açıklamak mümkündür.

61 Yılmaz (n 16) 1550; Taşdelen (n 46) 1001; Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (n 49) 7.

Mahkeme'nin, her türlü çelişkili kararla ilgilenen, kararlar arasındaki tutarsızlıkların giderilmesini sağlayan asli mekanizma olarak algılanması tehlikesine karşı derin ve süregiden çelişki unsurunu kullandığını söylemek mümkündür.[62] Zira Mahkeme, yaklaşık 5 ay süren içtihat aykırılıklarından sonra yargı kararlarında tutarlılığı sağlayacak mekanizmaların devreye girmesi ile aykırılığın giderildiğini belirtmiştir.[63] Karar, bu yönüyle mahkemenin yeterli derinliğe ulaşmayan, sistematik bir problem haline gelmeyen aykırılıkların güvenliği sarsıcı olarak değerlendirilemeyeceğine dair görüşünü yansıtmaktadır.

Derin ve süregiden çelişkinin tespitinde, içtihat aykırılıklarının ne kadarlık bir zaman diliminde süreklilik göstermesi gerektiği ve derinliğin hangi boyutta olması gerektiğine dair önceden bir belirlemede bulunmak güçtür. İçtihat aykırılıklarına müdahale edilmediği takdirde bu farklılıkların süreceği ve hukuki belirliliğin zedeleneceğinin anlaşılabilir olduğu noktada artık bu kriterin gerçekleştiğini söylemek mümkündür.[64] O halde, içtihat aykırılıklarının varlığı kadar, bunlara müdahale edecek mekanizmaların işletilmemesi de derin ve süregiden çelişkinin gerçekleşmesine katkıda bulunmuş olacaktır.

Hukuk düzeninde farklı kararların varlığı doğal karşılansa da bu tolerans, taraf devletlerin içtihatların uyumlaştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu anlamda uyumsuz kararları tespit edecek ve farklılıkları giderecek mekanizmaların varlığı gereklidir.[65] Bu rolü üstlenebilecek en önemli mekanizma ise yüksek mahkemelerdir. Zira üst mahkemeler, toplumun yargısal sisteme duyduğu güveni koruma hususunda ilk derece mahkemelerinden daha büyük sorumluluğa sahiptir. Mahkeme, üst derece mahkemelerin bu görevini incelediği *Beian v Romanya66* kararında, Romanya Yargıtay'ının 2005 yılında başvurucu hakkında verdiği nihai ret kararını değerlendirmiş ve 2003-2006 yılları arasında yüksek mahkemeden farklı yönlerde kararlar verildiğini tespit etmiştir.[67] Devamında çelişik içtihatların bizzat yüksek mahkemeler nezdinde veriliyor olmasını hukuki güvenlik ilkesini zedeleyen, adil yargılanma hakkına aykırı bir uygulama olarak değerlendirmiştir.[68]

*Iordan Iordanov v Bulgaristan* başvurusunda İHAM, Bulgaristan Yüksek İdare Mahkemesi'nin resmi soruşturmalara ilişkin 2001 ve 2005 yılları arasında verdiği kararların çelişkili olduğuna ve başvurucu hakkındaki karar tesis edildikten sonra da devam eden söz konusu çelişkinin derin ve süregiden çelişki teşkil ettiğine

62 Taşdelen (n 46) 1002.

63 *Sepe ve Di Leta v Italy* App no 36167/07 (ECHR, 16 September 2014) par 24-25.

64 Yılmazoğlu (n 50) 600.

65 Taşdelen (n 46) 1003.

66 *Beian v Romania* App no 30658/05 (ECHR, 06 December 2007).

67 *Beian v Romania,* par 24-25.

68 *Beian v Romania* par 33.

hükmetmiştir.[69] *Hayati Çelebi ve diğerleri v Türkiye* kararında 1999 depreminde yıkılan binalar kaynaklı tazminat taleplerinin değerlendirilmesinde zamanaşımı süresinin iskanın alındığı tarihte mi yoksa binanın yıkıldığı tarihte mi başlaması gerektiğine dair Yargıtay daireleri arasında oluşan içtihat farklılığında başvurucuların içtihat aykırılığının giderilmesi talebini de içeren karar düzeltme başvurusu reddedilmiştir. Ulusal mevzuatta içtihatları birleştirme mekanizması bulunmasına rağmen somut olayda uygulanmamasını yeterli gören Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir.[70]

İHAM *Serkov v Ukrayna* başvurusunda, Ukrayna Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin başvurucunun ithalat yaptığı tarihte ithalatçıların KDV istisnası kapsamında olduğu yönündeki içtihadından dönmesini incelemiştir. Mahkeme, Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin yorum değişikliğini açıklamak üzere bir sebep göstermemesi karşısında kamusal itimadın sarsıldığını ve mevzuat hükümlerinin ulusal mahkemelerce yorumlanış biçiminin öngörülebilirliği zedelediği kanaatine varmıştır. Mahkeme, aynı mevzuat hükümlerinin farklı yorumlanmasını olasılığının konuyu düzenleyen ulusal hukukun isabetsiz düzenlenişinden kaynaklandığına da işaret etmiştir. Dolayısıyla, bu derece önemli bir mali konuyu düzenleyen ulusal kanunun öngörülebilirliğinin ve belirliliğinin sağlanamamış olmasının, Sözleşme çerçevesinde aranan kanunun niteliksel yönüne ilişkin koşulu zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.[71]

*Schwarzkopf ve Taussik v Çek Cumhuriyeti*[72] başvurusunda, başvurucular hakkında verilen karardan sonra bir yıl içerisinde yargısal yorumun istikrar kazanmasının hukuki güvenliği zedelemediğini belirten Mahkeme, *Perez Arias v İspanya*[73] başvurusunda ise, Temmuz 2001 ila Mart 2003 arasındaki süreçte verilen çelişkili kararların bu sürenin sonunda İspanya Yüksek Mahkemesi tarafından nihai bir yoruma kavuşturulması ve sürdürülmesini yeterli bir koruma olarak değerlendirmiştir.

İHAM'ın ilgili kararlardan yola çıkarak bazı çıkarımlar yapmak mümkündür. Öncelikle, taraf devletlerin tutarsızlıkları gidermek adına gerekli mekanizmaları hukuken öngörme ve harekete geçirme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu anlamda yargı sisteminde yer alan yüksek mahkemelere içtihat birliğini sağlama yönünde ayrı bir misyon yüklenmiştir. Kararlar arasındaki çelişkinin üç-dört yıl sürmesine rağmen yeknesak bir uygulama tesis edilmemesi ve özellikle yüksek mahkeme kararları arasında bu yorum birliğinin sağlanamaması, hukuki güvenliği zedeleyecektir.

---

69 *Iordan Iordanov and Others v Bulgaria* App no 23530/02 (ECHR, 02 July 2009) par 51.

70 *Hayati Çelebi and diğerleri v Türkiye* App no 582/05 (ECHR, 09 February 2016) par 65.

71 *Serkov v Ukrayna*, par 41-43.

72 *Schwarzkopf ve Taussik v Czech Republic* App no 42162/02 (ECHR, 02 December 2008).

73 *Perez Arias v Spain* App no 32978/03 (ECHR, 28 June 2007).

### b. Anayasa Mahkemesi Uygulaması

AYM, içtihat farklılıklarını adil yargılanma hakkı kapsamında ilk kez *Türkan Bal* başvurusunda*74* değerlendirmiştir. AYM, incelemesine, İHAM'ın şimdiye kadar bu konuda verdiği kararlardaki değerlendirmeler ile başlamıştır. Mahkeme, kararın 52 ila 58. paragrafları arasında, adil yargılanma hakkının Sözleşme'nin önsözünde yer alan hukuk devleti ilkesiyle birlikte yorumlanması gerektiğini, farklı kararların kendi başına adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyeceği, hukuki güvenlik ilkesinin kişilere içtihatların değişmezliği şeklinde mutlak bir hak bahşetmeyeceğini tekrarlamıştır. Devamında, içtihat değişikliğine giden mahkemenin bunu makul bir gerekçeye dayandırma zorunluluğu olduğu, yüksek mahkemelerin içtihat birliğinin oluşması yönünde önemli bir role sahip bulunduğu, ihtilaf konusu kararlardaki somut olayların mutlaka benzer olması gerektiği gibi hususları benimsediğini belirtmiştir.

*Türkan Bal* başvurusu, THY çalışanı olan davacının 305 kişiyle birlikte yasadışı eyleme katılma gerekçesiyle işten çıkarılması akabinde açılan işe iade davalarında Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi ve Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi arasında oluşan içtihat aykırılığına ilişkindir. Havayolu çalışanlarına getirilen grev yasağının mecliste tartışıldığı ve sendika ile THY arasında toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin sürdüğü bir aşamada yaşanan olayda, çalışanların bir kısmı doğrudan o gün yapılan basın açıklamasına katılmış, başvurucunun da dahil olduğu 279 kişi ise çeşitli nedenlerle sağlık raporu almış ve işe gitmemiştir.

Yargıtay Yedinci ve Dokuzuncu Hukuk Dairesi, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükünün işverende olduğunu ve işçilerin almış sağlık raporlarının göstermelik mahiyette bulunduğunu, içeriğinin gerçeği yansıtmadığını iddia eden işverenin bunu ispatlaması gerektiğini belirten işe iade taleplerini kabul eden derece mahkemesi kararlarını onamıştır.[75] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi ise, raporların gerçek nedeninin eyleme iştirak amacı taşıdığını, amacı itibari ile siyasi amaçlı grev teşkil eden bir iş bırakma söz konusu olduğunu, raporun içeriğinin gerçeği yansıttığı ve söz konusu amaçlara hizmet etmediğini ispat yükünün işçiye ait olduğunu belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.[76]

AYM, *"(...) uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir."* diyerek Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi kararlarının başvurucuda kendi davasının da bu yönde neticeleneceği şeklinde bir

[74] Anayasa Mahkemesi, 2013/6932, 6.1.2015.

[75] Anayasa Mahkemesi, 2013/6932, par 26.

[76] Anayasa Mahkemesi, 2013/6932, par 14-15.

güven oluşturduğunu, bu yöndeki öngörülebilirliği ortadan kaldıran Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi'nin farklı değerlendirmesinin iyi bir gerekçesi bulunması gerekirken bu yönden eksik kaldığını belirterek Anayasa 36. maddede yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[77]

*Yasemin Bodur* başvurusunda[78], Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı çalışanı olan başvurucu ile birlikte toplam 14 kişinin kamu işçilerinin faydalandığı ilave tediye alacağından faydalanmak için idareye yaptıkları başvurunun reddi üzerine açılan davayı kabul eden ilk derece mahkemesinin kararları için istinafa başvurulmuştur. Kararlar kendisine tevdi edilen ilgili Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin (BAM) 5., 6., 8. ve 9. Hukuk Daireleri işçiler lehine karar verirken başvurucu ve diğer üç işçinin dosyalarını inceleyen 7. Hukuk Dairesi, vakfın özel hukuka tabi tüzel kişi olduğunu belirterek istinaf başvurusunu kabul etmiştir. Miktar itibari ile temyiz sınırı altında kalan davalar istinaf aşamasında kesinleşmiştir.

AYM, Ankara BAM dairelerinin kararlarında yer alan bu farklılığın Yargıtay'ın işçilik alacaklarını incelemekle yetkili dairelerinin ilgili konudaki görüş ayrılıklarına dayandığını tespit etmiştir. Zira Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi ve Yedinci Hukuk Dairesi (kapatılan) vakıf çalışanlarının kamu işçisi olduğu için ilave tediye alacağından faydalanması gerektiği kanaatinde iken, Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, özel hukuka tabi olduğu kabul edilen vakfın çalışanlarının kamu işçisi olarak kabul edilemeyeceğinden tediye alma hakkı bulunmadığına hükmetmektedir.[79]

Mahkeme, yedi yıldan beri süren içtihat farklılığının derin ve süregiden bir nitelik kazandığını, bu farklılığın davalara ait somut koşullardan kaynaklanmadığını, hukuki belirsizliğe yol açan bu durumu gidermeye elverişli bir mekanizma olan içtihatları birleştirme kurumunun işletilmemesi neticesinde, başvurucu açısından öngörülemez bir sonuç meydana geldiğini belirterek adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı vermiştir.[80]

*Murat Çevik* başvurusunda[81], okul aile birliğinden kiraladığı kantini işletmekte olan başvurucu hakkında 2006 ila 2009 yıllarına ait çeşitli aylarda ödemiş olduğu kiradan katma değer vergisi tevkifatı yapıp sorumlu sıfatı ile beyanname vermediği gerekçesiyle vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarh edilmiştir. İlk derece mahkemesinde görülen davada başvurucunun açtığı dava reddedilmiş, Bursa Bölge İdare Mahkemesi'ne yapılan karar düzeltme başvurusu da olumsuz sonuçlanmıştır. Kesinleşen mahkeme kararları akabinde ödeme yapmayan başvurucunun araç ve gayrimenkulüne haciz konulmuştur.

77 Anayasa Mahkemesi, 2013/6932, par 64-66.

78 Anayasa Mahkemesi, 2017/29896, 25.12.2018.

79 Anayasa Mahkemesi, 2017/29896, par 48.

80 Anayasa Mahkemesi, 2017/29896, par 52.

81 Anayasa Mahkemesi, 2013/3245, 11.12.2014.

AYM, kararın 47 ila 51. paragrafları arasında Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairenin okul aile birliklerinden yapılan kantin kiralama işlerinin KDV'ye tabi olmadığı yönündeki yerleşik içtihatlarını tespit ettikten sonra İstanbul, Eskişehir, İzmir ve Sakarya Bölge İdare Mahkemelerinin de bu kiralama işlemleri için KDV mükellefiyeti tesis edilmesini mevzuata aykırı kabul ettiklerini gözlemlemiştir.

Mahkeme, kararları ülke çapındaki tüm idari yargı makamlarınca göz önünde bulundurulması ve dikkate alınması gereken Danıştay'ın, kiralayanlar aleyhine sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi hesaplanmasının mevzuata aykırı olduğuna karar verileceğine dair hukuk düzeninde *öngörülebilir* bir içtihat birikimi oluşturmasına rağmen davanın görüldüğü ilk derece mahkemesi kararının *öngörülemez* bir değerlendirme yaptığını belirtmiştir.[82] Ancak mahkeme, adil yargılanma hakkı yönünden değil mülkiyet hakkı yönünden ihlal kararı vermiştir.

*Ford Motor Company83* başvurusunda, çifte vergilendirme anlaşmasına aykırı biçimde, yatırım indirimi tutarları üzerinden fazladan gelir vergisi kesintisi yapılmasının vergilendirme hatası olduğu gerekçesiyle fazla ödenen verginin iadesi talebinin zımnen reddi üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi, somut olayda yapılan kesintinin, temettü stopajı niteliğinde olup olmadığı sorununun hukuki yorum gerektirdiğini ve düzeltme-şikayet başvurusuna konu edilemeyeceğini belirterek davayı reddetmiştir. Temyiz mercii olan Danıştay Dördüncü Dairesi ise uyuşmazlığın esasına girerek stopajın hukuka uygun olduğunu belirterek gerekçe değişikliğiyle ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında gerçek lehdarın temettüyü ödeyen şirketin hisselerinin en az %10'una sahip bulunması halinde alınacak toplam verginin temettünün %15'ini aşmayacağı hükmü yer almaktadır. Danıştay Üçüncü Dairesi, Hollanda'da mukim bir şirket bakımından verdiği kararda davacı hakkında uygulanan %19,8 tutarındaki stopajın temettü vergilendirmesi niteliğinde olduğunu kabul ederek şirketin kar dağıtımına karar vermesi halinde, yatırım indirimine tabi kazancın indirimli oranda (%15) tevkifata tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir. Başvurucunun temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay Dördüncü Daire'nin de 2013 yılına kadar içtihatları bu yönde iken Daire, 2013 yılından sonra görüş değişikliğine gitmiştir.[84]

Hukuki belirlilik ilkesinin içtihatların değiştirilemeyeceği anlamına gelmeyeceğini belirten AYM, Dördüncü Daire'nin görüş değişikliğini tatmin edici bir biçimde gerekçelendirdiğini tespit ettikten sonra, Üçüncü Daire'nin yapılan kesintinin temettü vergilendirmesi mahiyetinde olduğu yönündeki görüşü geçerliliği sürdürdüğünden

[82] Anayasa Mahkemesi, 2013/3245, par 57.

[83] Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, 26.10.2017.

[84] Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, par 64.

bu iki daire kararları arasında çelişki meydana geldiğine kanaat getirmiştir.[85] Kararların neticelerini değerlendiren Mahkeme, bu farklılığın ülke içinde iki farklı stopaj oranının uygulanması sonucunu doğuracağını, kesintinin Danıştay Üçüncü Daire'sinin görev alanındaki yerlerde %15, Danıştay Dördüncü Dairesi'nin görev alanındaki yerlerde %19,8 oranında uygulanması gibi ikili bir durum oluşturacağını belirtmiştir.[86]

Mahkeme, iki farklı yorumun aynı anda yürürlükte bulunmasının, kuralların muhatapların davranışlarını yönlendirebilme kabiliyetini zayıflattığını, mükelleflerin hangi oranı esas alarak geleceğe dair iş ve işlemlerini planlayacağına dair belirsizlik oluştuğunu, 193 sayılı Kanun'un Geçici 61. maddesinin yürürlüğe girmesinin üzerinden uzunca bir süre geçmesine rağmen yeknesak bir yorum sağlanamaması nedeniyle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin zedelendiğine karar vermiştir.[87] Ancak Murat Çevik başvurusuna benzer şekilde ihlal, adil yargılanma hakkından değil mülkiyet hakkı açısından tespit edilmiştir.

İçtihat farklılıklarının mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirildiği bir diğer karar olan *Hasibe Uysal88* başvurusuna konu olayda, ilk derece mahkemesi serbest bölgeye sunulan fason hizmetin ihracat istisnası kapsamında olmadığı gerekçesiyle başvurucunun açtığı davayı reddetmiştir. Karara ilişkin temyiz sürecinde kanun değişikliği yapılarak söz konusu hizmet açıkça katma değer vergisinden istisna edilmiştir. Danıştay Dokuzuncu Daire, kanun değişikliğini gerekçe göstererek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay VDDK ise yasa değişikliğinin daha önceki dönemlere uygulanmayacağı gerekçesiyle verilen ısrar kararını onamıştır.

Başvurucu ve bir başka mükellef hakkında aynı konuda bir başka vergilendirme dönemi için yapılan tarh işlemlerini iptal eden ilk derece mahkemesi kararları ise Danıştay Dokuzuncu Daire tarafından onanmıştır. AYM, her iki yöndeki içtihadın da yeterli ve ikna edici gerekçe içerdiğini, Danıştay VDDK' nın konuyu yalnızca başvurucunun açtığı davada incelediğini ve yasa değişikliyle benzer uyuşmazlıkların bir daha yaşanmasının önüne geçildiğini belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu tespitlerden hareketle içtihat farklılığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecek şekilde bireylerin hukuka duyduğu güveni sarsıcı boyuta ulaşmadığına karar vermiştir.[89]

*Narsan Plastik Şirketi* [90] başvurusunda, Danıştay'ın tek dairesinin çelişkili kararlarıyla idari uygulama ve görüş ekseninde oluşan belirsizlik hali AYM

[85] Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, par 65.

[86] Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, par 66.

[87] Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, par 69-70.

[88] Anayasa Mahkemesi, 2014/3975, 05.07.2017.

[89] Benzer başvuru ve karar içeren *Mehmet Arif Madenci* başvurusu için bkz Anayasa Mahkemesi, 2014/13916, 12.01.2017.

[90] Anayasa Mahkemesi, 2013/6842, 20.04.2016.

tarafından incelenmiştir. Başvuruya konu olayda, daha önce tevkifata tabi olan metal, plastik, kâğıt, cam hurda ve atıklarının teslimi işleri 2003 tarihli kanun değişikliğiyle KDV'den istisna edilmiştir. Ancak yürürlükte olan mevzuatta neyin hurda ve atık olduğu düzenlenmediğinden, başvurucu özelge talep etmiştir. Verilen özelgeye uygun hareket etmesine rağmen başvurucu hakkında re'sen tarhiyat yapılmıştır. Söz konusu tarhiyatlardan 2004 yılına ilişkin olan başvurucu lehine, 2005 yılına ilişkin olan başvurucu aleyhine kesinleşmiştir. 31/12/2005 tarihinde de 97 Seri No'lu KDV Genel Tebliği'nde değişiklik yapılarak plastik hurda ve atık konusuna bir tanım getirilmiştir.

Geçmişe dönük KDV tarhiyatı nedeniyle mükellefin vergi tutarını zincirin sonraki aşamasına yansıtamamasını, yükün söz konusu mükellef üzerinde kalması olarak değerlendiren Danıştay kararlarını dikkate alan AYM, 2004 ve 2005 yılına ilişkin kararların çelişkili olduğunu, özelgeye uygun hareket eden mükellefin sonraki dönemde yürürlüğe girmiş düzenleme hükümlerine dayanarak vergileme dönemi bittikten sonra re'sen vergi tarhiyatına tabi tutulamayacağını belirterek mülkiyet hakkına ilişkin bu müdahalenin öngörülebilirlik dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

AYM, ilave tediye alacaklarını konu edinen ve yüksek mahkemelerin yorum farklılığı kaynaklı içtihat aykırılığı oluştuğunu tespit ettiği *Yasemin Bodur* başvurusunda, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması açısından içtihatlarının birleştirilmesine gerek bulunup bulunmadığının değerlendirmesini yapmak üzere dosyanın Yargıtay Birinci Daire Başkanlığı'na gönderilmesine de karar vermiştir. Ancak, aynı tespitlere ulaşılan *Ford Motor Company* başvurusunda, mülkiyet hakkı yönünden ihlal kararı verildiğinden bu yönde ayrıca bir karar verilmemiştir. Oysa başvurucu, Danıştay dairelerince verilen içtihatlardaki farklılıkların giderilmesi için İçtihatları Birleştirme Kurulu'na başvuruda bulunmasına rağmen bu karar beklenmeksizin temyiz istemi reddedilmiştir. Başvuruyu inceleyen ikinci bölüm üyelerinden M. Emin Kuz vermiş olduğu karşı oyda haklı olarak bu hususu eleştirmiş ve *"(...) hukukumuzda içtihat farklılıklarını önleyecek mekanizmaların bulunduğu yönündeki tespitlerimize rağmen, AİHM'i de yönlendiren 'bu mekanizmaların uygulanıp uygulanmadığı' şeklindeki kriter açısından, uygulamada sorun bulunduğunu göstermektedir."* şeklindeki nitelendirmesi ile kararın mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadığını belirtmiştir.

## II. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2022.3 Karar Numaralı Kararı

### A. Kararın Olgusal İçeriği

Danıştay Başkanlığı, limited şirketin kanuni temsilcileri ve ortakları hakkında şirketin amme borcu nedeniyle amme alacağının korunması yöntemlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Daireleri ile Danıştay Dördüncü ve Yedinci Daireleri ve Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararları arasında var olduğu ileri sürülen aykırılığın içtihatların birleştirmesi yoluyla giderilmesini talep etmiş ve Danıştay Başsavcısı da "içtihatların birleştirilmesi gerektiği" yönünde görüş bildirmiştir.

İçtihatların birleştirilmesi isteminin temelinde yatan hukuki sorun, kanuni temsilciler ve ortaklar hakkında güvence önlemlerinin uygulanması konusunda Danıştay dairelerince verilen çelişkili kararların, hukuki istikrar ve eşitliği zedeleyecek dereceye ulaşıp ulaşmadığı, içtihatların birleştirilmesine "lüzum" bulunup bulunmadığıdır. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, kurula içtihatları birleştirme kararı verme yetkisi tanıyan 2575 sayılı Kanun'un 39. maddesinde yer alan "lüzum" unsurunun gerçekleşmediğini ve yargılamanın genel seyrinde içtihadın kendiliğinden birleşebileceğini belirterek içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.[91]

### B. Kararın Hukuksal İçeriği

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun *"İçtihatları birleştirme kurulunun görevleri"* başlıklı 39. maddesinde, Danıştay dava dairelerinin ya da idari ve vergi dava dairesi kurullarının kendi içinde veya ayrı ayrı verdiği kararlar arasında aykırılık ya da uyuşmazlık tespit edildiği takdirde, İçtihatları Birleştirme Kurulunun lüzumlu gördüğü takdirde içtihatları birleştirebileceği belirtilmiştir. Kurul, içtihatların birleştirilmesi yetkisini düzenleyen bu maddede; a) kararlar arasında aykırılık bulunması, b) lüzum görülmesi şeklinde iki şart olduğunu belirtmektedir. Karara yönelik inceleme de bu iki şart bağlamında gerçekleştirilecektir.

#### 1. Aykırılık Unsuru Yönünden

Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairesi, amme alacağının korunmasına yönelik yöntemlerin limited şirket kanuni temsilcileri veya ortaklarına uygulanacağına ilişkin mevzuatta açık bir hüküm bulunmadığını, henüz tahakkuk etmemiş vergi

[91] Karar tam metni için bkz Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 1/3, 27.05.2022.

borçlarından dolayı cebren tahsile yönelik işlemler olmayan bu tedbirlerin ancak asıl amme borçlusu hakkında uygulanabileceğini belirtmiştir.[92]

Danıştay Dördüncü ve Yedinci Daireler ile Vergi Dava Daireleri Kurulu ise 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan amme borçlusu teriminin, amme alacağını ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi şahısların yanında kanuni temsilci, mirasçı gibi diğer ilgilileri de kapsadığını, şirket kanuni temsilcileri veya ortaklarının sorumlu tutulabilmesi için asıl borçlu şirket hakkında kamu alacağının kesinleşmesi ve şirket mal varlığından tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması halinin bulunmasına gerek olmadığını belirtmiştir.[93]

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, limited şirketlerin kanuni temsilcileri ve ortakları hakkında amme alacağının korunması amacıyla tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay dairlerince verilen birbirine aykırı birden fazla yargı kararı bulunduğunu ve aykırılık unsurunun gerçekleştiğini belirtmiştir.

## 2. Lüzum Unsuru Yönünden

Kurul, öncelikle, farklı kararların varlığının tek başına içtihatların birleştirilmesi için yeterli olmadığını, bu aykırılığın hukuki istikrarı zedeleyecek bir sürekliliğe sahip olması, devamlılık arz etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Devamında, içtihatların birleştirilmesindeki gayenin, süregelen aykırılıkların giderilmesi ve normların yeknesak bir yoruma kavuşturulması suretiyle sonraki kararlardaki istikrarı sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Kararlar arasındaki aykırılıkları gidermenin, hukuki istikrar ve eşitliği sağlamanın etkin bir yolu olduğunu belirten kurul, genel olarak bir yasa hükmünden çıkarılması gereken anlamın ne olduğunu ortaya koyan içtihatları birleştirme kararlarında yer verilen nihai yorumun, mahkemeler ve idare açısından bağlayıcılığını vurgulamıştır.

Kurul, lüzum unsurunu değerlendirirken yargı kararlarında istikrarın ve eşitliğin sağlanması ile yargı mercilerinin yargılamaya konu kuralı yorumlama, kanaatini oluşturmadaki takdir yetkisinin kısıtlanmaması ve bu yolla içtihat gelişiminin önünün açılması arasında bir hukuki menfaat dengesi kurmuştur. Değerlendirme neticesinde, kararlardaki aykırılığın hukuki istikrarı bozacak boyuta ulaşmadığını, yargılamanın genel seyrinde içtihadın kendiliğinden birleşebileceğini ve bu yolda içtihat gelişiminin engellenmemesi gerektiği kanaatine varmıştır.

---

92 İlgili kararların tam metni için bkz Danıştay 3 D, 213/7568, 13.12.2018; Danıştay 3 D, 4131/4138, 30.09.2021; Danıştay 9 D, 6123/10283, 25.12.2017; Danıştay 9 D, 4735/1992, 02.04.2018; Danıştay 9 D,10608/5246, 30.10.2019; Danıştay 9 D, 15228/6756, 10.12.2019; Danıştay 9 D, 1821/3392, 01.07.2020.

93 İlgili kararların tam metni için bkz Danıştay 4 D, 760/2311, 07.03.2018; Danıştay 4 D, 515/10321, 01.11.2018; Danıştay 4 D 1107/681, 29.01.2019; Danıştay 7 D, 2841/5203, 27.11.2018; Danıştay 7 D, 3032/3698, 29.05.2019
Danıştay 7 D, 8362/3821, 08.10.2020; Danıştay VDDK, 308/324, 16.03.2016; Danıştay VDDK, 120/585, 18.09.2019; Danıştay VDDK, 1318/1231, 18.11.2020.

## C. Kararın Hukuki Güvenlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, kararlardaki aykırılıkların hukuki istikrarı bozacak boyuta ulaşmadığını, yargılamanın genel seyrinde içtihatların kendiliğinden birleşme ihtimali bulunduğunu ve içtihat gelişiminin sağlanması için mahkemelerin takdir yetkisinin korunması gerektiğini belirterek başvuruyu reddetmiştir. Kurulun söz konusu argümanlarının, hukuki güvenlik ilkesi, İHAM ve AYM uygulamaları penceresinden değerlendirmek gerektiği açıktır.

Öncelikle, içtihatların birleştirilmesi talebinde künyelerine yer verilen Danıştay vergi dava dairesi kararları, hukuki istikrarı bozacak bir aykırılık olup olmadığını değerlendirmek bakımından yetersiz niteliktedir. Zira başvuruda yer verilen kararların nispeten yakın tarihli kararlardan seçildiği görülmektedir. Oysa daire kararları arasındaki çelişkinin çok daha eskiye dayandığını[94] ve bu kararların değerlendirme dışı bırakılmasının hukuki istikrar ilkesi bakımından bütüncül ve kapsamlı bir inceleme yapılmasını engellediğini söylemek mümkündür.

Anonim şirketler de limited şirket gibi bir sermaye şirketidir. Limited şirket ortakları bir kenara bırakılırsa, anonim şirket kanuni temsilcileri (*imzaya yetkili YK üyeleri/üyesi)* ile limited şirket kanuni temsilcileri *(şirket müdürü)*, kanuni temsilci sorumluluğu rejimi açısından, aynı hükümlere tabidir. İçtihatları birleştirme başvurusu yalnızca limited şirket ortakları ve kanuni temsilcileri bakımından yapılmış olsa da ilgili daireler anonim şirket kanuni temsilcilerinin güvence önlemlerinden sorumluluğu konusunda da aynı görüştedir.[95] Zira limited şirket kanuni temsilci ve ortakları hakkında güvence önlemlerinin uygulanabileceğini belirten Danıştay Dördüncü Daire, Danıştay Yedinci Daire ve Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu anonim şirket kanuni temsilcileri bakımından da aynı görüşte iken; Danıştay Üçüncü Daire ve Danıştay Dokuzuncu Daire anonim şirket kanuni temsilcileri hakkında da güvence önlemlerine başvurulamayacağını belirtmektedir.

Anonim şirket kanuni temsilcileri bakımından da içtihat aykırılıklarının sürmesi, limited şirket kanuni temsilci ve ortaklarına ilişkin sorunun da ötesinde, sorumluluk ve güvence önlemleri arasında çözülmeyi bekleyen daha büyük hukuki bir problemin varlığına işaret etmektedir. Bu açıdan hukuki istikrarın zedelenmediğini öne sürmek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Eğer aynı konuda birbirine aykırı olarak verilen kararlarda gerçek anlamda bir istikrar var ise, bu istikrar ancak Danıştay VDDK, Dördüncü ve Yedinci dairelerin önüne gelen uyuşmazlıkların nihayetinde ihtiyati haciz uygulanması ile, Danıştay Üçüncü ve Dokuzunda dairelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda ise ihtiyati haciz kararlarının iptal edilmesiyle sonuçlanacağı noktasında oluşmuştur.

---

[94] Kararların tam metni için bkz Danıştay 7 D, 663/984, 24.02.2014; Danıştay 9 D, 2173/1176, 28.02.2013; Danıştay 3 D, 5362/2640, 29.04.2015; Danıştay 4 D, 20725/400, 16.01.2017.

[95] Kararların tam metni için bkz Danıştay 3 D, 157/6069, 23.12.2020; Danıştay 4 D, 16240/491, 18.01.2017; Danıştay 7 D, 1857/2386, 20.05.2021; Danıştay 9 D, 4607/2122, 26.05.2022.

Söz konusu aykırılıkların meydana gelmesine mevcut yasal düzenin de katkısının bulunduğu yadsınamaz. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 27. maddesinde dava dairelerinin görevi düzenlenirken idari dava daireleri ve vergi dava dairelerinin iş bölümü esasına göre çalışacağı ve iş bölümünün Danıştay Başkanlar Kurulu tarafından yapılacağı belirtilmiştir.[96] Danıştay Başkanlar Kurulu'nun ilgili kararı incelendiğinden verginin ya da davanın konusuna, uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuata ilişkin bir ayrım yapılmaktan ziyade Bölge İdare Mahkemeleri temelinde coğrafya esası benimsenerek bir iş bölümü gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür. İş bölümü bu haliyle aynı il sınırları içerisindeki -İstanbul örneğinde olduğu gibi- uyuşmazlıkların temyiz incelenmesi neticesinde tamamen farklı çözümlenmesi neticesini doğurmaktadır.

Bugün gelinen noktada, Danıştay'ın vergi davalarını inceleyen birimlerinin -VDDK dahil olmak üzere- konuya ilişkin yorumları, iki farklı görüşün aynı anda geçerli olmasına sebebiyet vermektedir. Ancak söz konusu birimlerin içtihat aykırılığının ortaya çıktığı ilk günden bugüne tamamıyla aynı görüşte olduğu söylenemez. Danıştay Üçüncü Dairesi, 2014 yılına kadar verdiği kararlarda, bugün savunduğu görüşün aksine limited şirket kanuni temsilci ve ortakları hakkında ihtiyati haciz uygulanmasının mümkün olduğunu[97] belirtirken, Danıştay Dördüncü Dairesi'nin, 2009 yılına kadar verdiği kararlarda bunun mümkün olmadığı[98] yönünde karar verdiği görülmektedir. Danıştay VDDK ise içtihadı birleştirme kurulu kararından sonraki bir tarihe tekabül eden 05.10.2022 tarihli kararında, içtihatları birleştirme talebinde yer verilen kararlarının aksine bir çözüm geliştirmiş ve ihtiyati haczin uygulanabilmesi için amme borcunun asıl amme borçlusu şirketten en azından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerektiğine[99] hükmetmiştir.

Mahkemenin takdir yetkisine öncelik tanınan haller gerek İHAS gerek AYM kararlarında açıkça belirtilmiştir. Bu haller, yeni bir normun uygulanmasında yeknesak

---

96 Kanun'daki bu yetkiye istinaden alınan 2020.62 numaralı karar uyarınca Danıştay Üçüncü Dairesi'ne gelir, kurumlar ve katma değer vergisi (ithalde alınanlar hariç) ile ilgili Bursa, Gaziantep ve İstanbul Bölge İdare Mahkemesi (Anadolu yakası vergi dairelerine ilişkin uyuşmazlıklarla Edirne, Kocaeli ve Tekirdağ vergi mahkemelerince verilen kararlara ilişkin istinaf başvurularını inceleyen daire kararları) vergi dava daireleri kararları aleyhine yapılan temyiz başvurularını inceleme yetkisi verilmiştir.
Danıştay Dördüncü Dairesi'ne gelir, kurumlar ve katma değer vergisi (ithalde alınanlar hariç) ile ilgili Ankara ve İstanbul Bölge İdare Mahkemesi (İstanbul Avrupa yakası vergi dairelerine ve Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkalığının taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin istinaf başvurusunu inceleyen daire kararları) vergi dava daireleri kararları aleyhine yapılan temyiz başvurularını inceleme yetkisi tanınmıştır.
Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin Gelir, kurumlar ve katma değer vergisi (ithalde alınan katma değer vergileri hariç) ile ilgili olarak, Adana, Erzurum, İzmir, Konya ve Samsun Bölge İdare Mahkemelerinin vergi dava dairelerince verilen kararlara karşı yapılan temyiz başvurularını karara bağlayacağı belirtilmiştir.
Danıştay Yedinci Dairesi ise diğer üç dava dairesinden farklı olarak Gümrük ve ithale ilişkin vergilere, özel tüketim vergisine, gider vergilerine, motorlu taşıtlar vergisine, veraset ve intikal vergisine ilişkin davalar ile temyiz başvurularını çözümleyecek olsa da 6183 sayılı Kanun bir amme olacağı olan gümrük vergileri bakımından da uygulanacağından koruma önlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar da bu kapsama girmektedir. İlgili karar için bkz <https:..www.danistay.gov.tr.icerik.26,> Erişim Tarihi 8 Nisan 2023.

97 Danıştay 3 D, 985/995, 29.3.2013.

98 Danıştay 4 D, 4821/1577, 28.04.2008.

99 Danıştay VDDK, 328/1100, 05.10.2022

bir yorum sağlanana kadar farklı kararlar verilmesinin doğal karşılanması, bir diğeri ise mahkemenin yerleşik içtihadından iyi ve makul bir gerekçe ile dönmesidir. Kanuni temsilci ve ortaklar hakkında limited şirketin borcu için ihtiyati haciz uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bu hallerin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Danıştay daireleri arasında bir yorum sorunu yaratan ve amme borçlusunu tanımlayan 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesi Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yürürlüktedir ve yeni ihdas edilmiş bir norm değildir. Çok uzun bir süredir yürürlükte bulunan bu hüküm için yeknesak bir yorumun çoktan sağlanmış olması gerektiği düşünülmektedir[100]. Yine söz konusu aykırılık, bir mahkemenin yerleşik içtihadından dönmesi kaynaklı oluşmayan, aynı konuyu incelemeye yetkisi bulunan birden çok mahkeme kararı arasında oluşan sistematik bir aykırılıktır. Gelinen noktada mahkemelerin takdir yetkisinin korunmasından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla asıl hukuki menfaatin, kanuni temsilci ve ortakların kendileri hakkında uygulanan ihtiyati hacze ilişkin açılan bir davada haklarında ne karar verileceğini "öngörülemez" kılan söz konusu içtihatların birleştirilmesinde bulunduğu açıktır.[101]

Konuya ilişkin kararlar arasındaki aykırılık, daha önce ifade edildiği üzere başvuruda belirtilen kararlardan çok daha öncesine dayanmaktadır. İHAM emsal kararlarında, üç ya da dört yıl süren aykırılıkları, hukuki güvenliğin zedelenmesi ve belirliliğin ortadan kalkması açısından yeterli görmektedir. İhtiyati haczin kanuni temsilciler ve ortaklar hakkında uygulanıp uygulanamayacağına dair bu çelişkinin, İHAM'ın emsal kararlarında belirtilen sürelerden çok daha uzun süredir devam ettiği açıktır. Bu durumda, söz çelişkinin derin ve süregiden nitelik kazandığı sonucuna ulaşılmaktadır. *Beian/Romanya* kararında belirtildiği üzere, yüksek mahkemelerin rolü, bu tür çelişkileri gidermek iken, en üst yargı merciinde ortaya çıkan çelişki, hukuki belirliliği ortadan kaldırmakta ve yargısal düzene duyulan güveni zedelemektedir. Bu çelişkileri giderecek içtihatları birleştirme mekanizması hukuken öngörülmüş ve ele alınan kararda işletilmiş olmasına rağmen elde edilen netice, hukuki güvenlik ilkesinin korunması bakımından beklenen asgari standartları sağlamaktan çok uzaktır.

Benzer kaygıların dile getirildiği karşı oyda, hukuki istikrarı zedeleyecek nitelikte bir süreklilik söz konusu olduğu, görüş aykırılıklarının uzun süredir devam ettiği, içtihatların birleştirilmesi dışında kararda somut bir çözüm yolu ortaya konulamadığı, çoğunluk kararının aksine kanunda aranan "lüzum" unsurunun gerçekleştiği ve hukuk

---

[100] Aynı yönde bkz Yaltı (n 25) 16: *"Olaydaki mevzuat hükümleri birbirleriyle açık çatışma halinde değildir. Fakat kapsam ve içeriklerindeki belirsizlikler dolayısıyla, bu hükümleri birbirleri ile ilişkilendirme sürecinde birbirlerine nazaran telafi etmede farklı yoruma olanak sağlayan bir temel sunmaktadır. Dolayısıyla, burada hem kuralın anlam ve kapsamı ve hem de kuralların bütünlüğü önemlidir. Hukukun tutarlı ve bütünlüklü bir yorumu mümkün olmadığında ve bu yapılamadığında, hukuk belirli olmaktan çıkmaktadır."*

[101] Danıştay'ın farklı dava daireleri ve VDDK'nın vergilendirmeyle ilgili aynı konuyu çok farklı şekillerde ele aldıkları ve bu durumun, mükelleflerin ticari faaliyetlerinin mali sonuçları üzerinde belirliliği ve öngörülebilirliği kaldırabilecek etkiler doğurduğu yönünde bkz Yılmazoğlu (n 40) 241.

kurallarının uygulanmasında birliğin ve eşitliğin sağlanması açısından içtihatların birleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Uygulama şimdiye kadar bu şekilde gelişse de hukuki güvenlik ilkesi bakımından oluşan zarar ya da bundan sonra oluşacak içtihat aykırılıkları giderilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Zira, İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun, tekrar başvuru yapıldığı takdirde konuyu yeniden ele almasının önünde hukuki bir engel yoktur. Doğrudan limited şirket ortak ve kanuni temsilcileri açısından yeniden bir başvuru söz konusu olmasa da anonim şirket kanuni temsilcileri hakkında verilen çelişkili kararlar da eklenerek daha kapsamlı bir başvuru gerçekleştirilebileceği kanaatindeyiz. Bu yolla, özellikle amme borcunun asli sorumlusu şirket yanında tali sorumlu olan ortak ya da kanuni temsilciler hakkında ihtiyati hacze muhatap kılınmak bakımından ortak bir yoruma ulaşılması mümkündür.[102] Danıştay'ın vergi dava daireleri arasındaki iş bölümünün coğrafya esasından ziyade uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuat kriteri esas alınarak belirlenmesiyle de kararlar arasındaki çelişkilerin önlenebileceği düşünülmektedir. Son olarak, 2575 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi uyarınca birden çok dava dairesinin görevine ilişkin davalar bu dairelerin birleştirilmesiyle oluşan müşterek kurulda karara bağlanabileceğinden, müşterek kurulla karar verme usulü yaygınlaştırılarak kararlarda yeknesaklık sağlanabilir.

## Sonuç

Hukuki güvenlik ilkesi, yargı kararlarının belirli ve öngörülebilir olmasını, hukuk kurallarının benzer olaylar bakımından benzer netice doğuracak şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Hukukun yeknesak şekilde uygulanması, hukuki güvenlik ilkesi açısından bir ideal olsa da yargılama faaliyetini yürüten yargıçların insan olduğu dikkate alındığında, birden çok mahkemeden oluşan yargı sistemlerinde mahkemelerce benzer konularda farklı kararlar verilmesi, doğal karşılanmaktadır. Bu nedenle hukuk kurallarının ne şekilde uygulanacağı ve yorumlanacağını belirlemek ve içtihat birliğini sağlamak üzere yüksek mahkemelere önemli bir rol biçilmiştir.

Adil yargılanma hakkını, Sözleşme'nin önsözünde yer alan hukuk devleti ilkesiyle birlikte değerlendiren İHAM, içtihat aykırılıklarının ihlal derecesine erişip erişmediğini değerlendirirken müstakil birkaç aykırı karardan ziyade, kararlar

[102] Çalışma, genel hatlarıyla içtihatların neden birleştirilmesi gerektiğine odaklansa da hangi yönde birleştirilmesi gerektiğinin cevabını ise kanuni temsilci ve ortakların mülkiyet hakkının korunmasında aramak gerekir. Güvence önlemlerinin uygulanmasına kamusal borç ilişkisinin alacaklısı olan idarenin karar vermesi, bir borca karşılık iki ayrı malvarlığına (hem şirketin hem de kanuni temsilciler ve ortakların malvarlığı) seçmece olarak gidilebilmesi, kanuni temsilci sorumluluğuna ilişkin temel hükümlerdeki şartların yok sayılması gibi olgular dikkate alındığında ölçülü bir müdahaleden, kamusal yarar ile mülkiyet hakkı arasında kurulmuş adil bir dengeden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Konuyla ilgili olarak bkz Sinan Can Avcı, 'Kanuni Temsilciler Hakkında 6183 Sayılı Kanun Uyarınca İhtiyati Haciz Uygulanmasının Mülkiyet Hakkına Müdahale Bağlamında Değerlendirilmesi' Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6 (2) 467-490. Ayrıca norm, Danıştay'ın farklı dairelerince farklı yorumlara sebebiyet vermesi dolayısıyla öngörülebilirlik bakımından mülkiyet hakkına müdahalede kanunilik ilkesini karşılamamaktadır. Açıklanan nedenlerle, içtihatların Danıştay Dokuzuncu ve Üçüncü Daire içtihatları yönünde birleştirilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

arasında derin ve süregiden bir çelişkinin varlığının gerekli olduğunu belirttikten sonra, aykırılıkları giderecek mekanizmaların öngörülmemesi ya da işletilmemesi halinde ihlal kararı vermektedir. Mahkeme, söz konusu aykırılıkların, ülkede içtihat ve yorum birliğini sağlama vazifesi bulunan yüksek mahkemelerden kaynaklanmasını ise kabul edilemez bulmaktadır. AYM de bireysel başvuru kararlarında, İHAM'ın konuya yaklaşımını benimsemiş ve çelişkili yüksek mahkeme kararlarının varlığını hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik sorunu olarak nitelendirmiştir.

Asıl amme borçlusu olan limited şirketin borcu için kanuni temsilci veya ortakları hakkında ihtiyati haciz uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Danıştay vergi dava dairelerince yaklaşık dokuz yıldır birbirinden farklı kararlar verilmektedir. Dairelerin farklı neticelere ulaşmasına sebebiyet veren hükümler, çok uzun süredir yürürlükte olmasına rağmen bu tarihe kadar yeknesak bir yorum gelişmemiştir. İçtihat aykırılığını giderici mekanizmalar işletilerek içtihatların birleştirilmesi gerekirken Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu aksi yönde hüküm tesis etmiştir.

Kurul, içtihatların yargılamanın genel seyrinde kendiliğinden birleşebileceğini ve mahkemelerin takdir hakkının kısıtlanmaması gerektiğini belirtmiştir. Oysa yorum farklılığının güncel bir mevzuattan kaynaklanmadığı ve dairelerin konuya ilişkin yaklaşımının yargısal süreçte sürekli farklılık arz ettiği dikkate alındığında, bu farklılıkları giderici mekanizmaların devreye girmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Zira kanaatimce aykırı kararlara tolerans eşiği süre bakımından çoktan aşılmış, derin ve süregiden çelişkiye meydana gelmiştir. İHAM ve AYM kararlarında, uygulama birliğinin sağlanması açısından yüksek mahkemelere ayrıcalıklı bir rol tanınması karşısında, içtihat aykırılıklarının özellikle yüksek mahkemeler nezdinde oluşmasının kabul görmemesi ve bu aykırılıkları gidermeye yetkili mercilerden sonuç alınamaması adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edildiğinden, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararına katılmak mümkün görünmemektedir. Oluşan içtihat aykırılıkları açısından hukuki menfaat, kanuni temsilciler veya ortakların adil yargılanma hakkının ve yargıya duyulan güvenin korunmasını gerektirdiğinden, konu bireysel başvuru yoluyla AYM önüne taşındığında ihlal kararları çıkması olası gözükmektedir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography


Akbulut E, 'Türk İdari Yargılama Hukukunda Çelişkili Kararların Önlenmesi İçin Alınabilecek Ek Tedbirler', Yücel Oğurlu ve Kamala Valiyeva (edr), *İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı* (İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları 2021) 473-491.

Altundiş M, 'Hukuki Güvenlik İlkesi' (2008) 1(10) Yasama Dergisi 60-94.

Arıkan A, *Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi (*Adalet 2022).

Avcı S C, 'Kanuni Temsilciler Hakkında 6183 Sayılı Kanun Uyarınca İhtiyati Haciz Uygulanmasının Mülkiyet Hakkına Müdahale Bağlamında Değerlendirilmesi' (2023) 6(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 467-490.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi (CCJE), 'Hukukun Yeknesak Şekilde Uygulanmasında Mahkemelerin Rolü' Mustafa Saldırım (edr), *Avrupa Konseyi 20 No'lu Görüş 2017* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2023).

Ayhan T, 'Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararları Işığında AB İdare Hukuku'nda Genel Düzenleyici İşlemlerde Hukuk Güvenliği İlkesi' (2010) 43(3) Amme İdaresi Dergisi 153-179.

Çağan N, 'Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme' (1980) 37(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129-137.

Çaptuğ M, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Seçkin 2020).

Erdem S ve Doğrusöz A B, 'Türkiye'de Vergilendirme Yetkisinin Mülkiyet Hakkı Yönünden Sınırları' (2023) 421 Vergi Sorunları Dergisi, 13-68.

Erdoğan M, *Anayasal Demokrasi* (13. Baskı, Siyasal 2017).

Gözler K, *İdare Hukuku-Cilt I* (3. Baskı, Ekin 2019).

Gümüşkaya G, 'Vergi Yükümlüsünün Hakları Bakımından Çelişkili Yargı Kararları' (Filiz 2020) (Prof. Dr. Süheyl Donay'a Armağan) 168-202.

Günday M, *İdare Hukuku* (7. Baskı, İmaj 2003).

Kaboğlu, İÖ: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (9. Bası, Legal 2014).

Köküsarı İ, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet 2016).

Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu* (Seçkin 2003).

Öncel M, Kumrulu A, Çağan N ve Göker C, *Vergi Hukuku* (32. Bası, Turhan 2023).

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2005).

Pekcanıtez H, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019) (144) TBB Dergisi 383-419.

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (14. Bası, Beta 2014).

Taşdelen O, Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi' (2016) 1(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 987-1024.

Taylar Y, Gök Ö, Demirbaş Aksüt B, Artun ES, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi* **(**On İki Levha 2020).

Yaltı Soydan B, 'Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı' (2000) 227 Vergi Dünyası Dergisi 103-114.

Yaltı B, 'Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında 'Çelişik Mevzuat' ve 'Çelişik İçtihat'' (2011) 276 Vergi Sorunları Dergisi 7-17.

Yılmaz E, 'Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları)' (Filiz 2021) (Prof Dr Necmettin M. Berkin'e Armağan) 1517-1554.

Yılmaz H, *İdari Usul Hukukunda İdari İstikrar İlkesi* (On İki Levha 2019).

Yılmaz R, *Türk Hukuku Bakımından Vergi İdaresinin İşlem ve Uygulamalarına Olan Güvenin Korunması İlkesi* (On İki Levha 2019).

Yılmazoğlu YE, 'İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi' (2019) 7 (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 551-622.

Yılmazoğlu YE, *İdari Yargıda Hak Eksenli Dönüşüm & Vergi Uyuşmazlığından Doğan İdari Davalarda Mülkiyet Hakkının Korunması* (On İki Levha 2021).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

*İstanbul Hukuk Mecmuası*, 82 (4), 1409-1432

**DOI:** 10.26650/mecmua.2024.82.4.0003
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

# İstanbul Hukuk Mecmuası

**Başvuru:** 12.11.2023
**Revizyon Talebi:** 22.05.2024
**Son Revizyon Tarihi:** 28.08.2024
**Kabul:** 29.08.2024
**Online Yayın:** 24.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Normlar Hiyerarşisi Teorisi Doğrultusunda Hukukun Ahlaka Uygun Olma Gerekliliğinin Hukuki Pozitivizm Açısından Değerlendirilmesi*

**Yahya Berkol Gülgeç****

**Öz**

Normlar hiyerarşisi normların içeriği ve potansiyel normatif gücü doğrultusunda ve normların birbirine uygun olma gerekliliği temelinde belirlenir. Bu anlamda hiyerarşik ilişkinin varlığı için "aykırılığın yaptırıma bağlanmış olması" zorunlu değildir. Ayrıca, hukuk kaynağı ve hukuk normu kavramlarının eşanlamlı olmadığı, hiyerarşinin kaynaklar arasında değil normlar arasında var olacağı unutulmamalıdır. Normların farklı kaynakların bir araya gelmesiyle oluştuğu durumlarda hiyerarşinin nasıl tespit edileceği "normların ayrılması teorisi" aracılığıyla ortaya konmalıdır. Anılan hususlara değinen birinci bölüm normlar hiyerarşisini ana hatlarıyla ortaya koymayı hedefliyor. İkinci bölüm ise hukuki pozitivist olmanın minimum şartından hareket ederek ideal ahlakın hukuk sisteminin üstünde olup olamayacağını tartışıyor. Hukuki pozitivizmin minimum şartı ayrılabilirlik tezidir. Bu tez "hukukun varlığı ve içeriğinin ahlaki doğruluğuna bağlı olmaması" ve "muhatapların hukuka uymak için ahlaki eylem sebebine sahip olmasının gerekmemesi" şeklindeki iki iddianın birleşimi olarak ifade edilebilir. Bu tez hukukun ahlaken iyi olması gerektiği iddiasıyla uyumludur. Ahlaken kötü olmak hukukun varlığına etki etmediği sürece hukuki pozitivizmin minimum tezi zarar görmez. Madem, ilk bölümde vurgulandığı üzere, normlar arasındaki hiyerarşik ilişki aykırılık durumunda geçersizlik yaptırımının varlığını şart koşmuyor ve uygun olma gerekliliğini yeterli görüyor, bu durumda hukukun ahlaka uygun olma gerekliliği dolayısıyla ideal ahlakın hukuktan üstün olduğu iddia edilebilir mi? Makale bu sorunun niçin olumsuz yanıtlanması gerektiğine dair açıklamalarla son buluyor.

**Anahtar Kelimeler**

Normlar Hiyerarşisi, Hukuki Pozitivizm, Ahlak, Geçerlilik, Eylem Sebebi

## Evaluation of The Requirement of Law's Conformity to Morality From The Perspective of Legal Positivism In Line With The Theory of Normative Hierarchy

**Abstract**

The hierarchy of norms is determined according to the contents of the norms and their potential normative power based on the requirement of conformance between the norms. Thus, a hierarchical relationship exists when a norm must conform to the other. Moreover, the concepts of "source of law" and "legal norm" are not synonyms. The "theory of individuation of norms" helps in determining the normative hierarchy in cases where a norm is formed from several sources. The first part of the article determines the essential qualities of the normative hierarchy. The second part discusses whether it is possible to view morality as the hierarchical superior of legal systems and whether this would be contrary to legal positivism. The minimum condition of legal positivism is the separability thesis. This thesis can be expressed as a combination of two claims: "law's validity and content are independent of its moral value" and "addressees do not have to have moral reason to conform to law". This thesis is compatible with the claim that law should be morally good. As

* Makaleye düzeltme, görüş ve önerileriyle katkıda bulunan Dr. Öğr. Üyesi Salih Taşdöğen (Bursa Uludağ Üniversitesi) ve Ar. Gör. Melih Furkan Çiçekci'ye (Bursa Uludağ Üniversitesi) teşekkürlerimi sunarım. Bunun dışında iki anonim hakemin görüşleri de makaledeki eksiklerin giderilmesinde yardımcı oldu. Kendilerine müteşekkirim.

** **Sorumlu Yazar:** Yahya Berkol Gülgeç (Dr. Öğr. Üyesi), Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. E-posta: ybgulgec@uludag.edu.tr ORCID ID: 0000-0001-6915-5236.

**Atıf:** Gulgec YB, "Normlar Hiyerarşisi Teorisi Doğrultusunda Hukukun Ahlaka Uygun Olma Gerekliliğinin Hukuki Pozitivizm Açısından Değerlendirilmesi" (2024). İstanbul Hukuk Mecmuası 1409. https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.4.0003

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

long as the moral value does not affect the existence of the law, the minimum thesis of legal positivism stands. However, since the existence of a hierarchical relationship between the norms does not require the invalidity of the inferior norm's contrariness, could morality be viewed as the law's superior even if in conformity with legal positivism? The article ends by explaining why the question must be answered negatively.

**Keywords**
Hierarchy of Norms, Legal Positivism, Morality, Validity, Reason for Action

## *Extended Summary*

The article has two main purposes. First, it sheds light on a few crucial details about the normative hierarchy that are sometimes overlooked by scholars or students. This revisit of the issue also provides me with an opportunity to take a second look at issues associated with the normative hierarchy. The issues clarified in the first part will also help in answering the questions asked in the second part. The second purpose of the article is to raise what seems to be an interesting question only to reject it. The question is whether the normative superiority of morality over law could be claimed based on the explanations made in the first part and whether this could affect the truth of legal positivism. The second part of the article is dedicated to answering these two problems.

The first section of the first part reiterates that whether a hierarchy exists between two norms or not should be determined based on the potential normative power of the norms. Therefore, for instance, the fact that at a certain point in time, a norm does not regulate the procedure of creation for another norm does not signify the absence of hierarchy as long as the first norm possesses the power to regulate it at another time.

The next section is an answer to a possible critique of normative hierarchy that draws on H.L.A. Hart's criticism of "validity purport". Hart thought that the relationship of validity in Kelsen's theory is reduced to a relationship between the contents of the norms and that this leads to problems for Kelsen's understanding of the unity of the legal system. The reply stresses that Kelsen's theory of validity does not merely take into account the contents of the norms but also pays attention to their normative power, i.e., what they can or cannot successfully regulate with their content.

The third section reiterates that for the existence of hierarchy, it is not required that a norm need to be invalidated in case of contrariness to another. This is simply irrelevant. The crucial element is the requirement that a legal norm should be in conformity with the other. This is often established by a norm superior to both norms.

The last section touches upon the interesting distinction between a source of law and a legal norm to indicate that the hierarchy is between the norms and not the sources. Combined with the fact that a single norm can be constituted by several

sources of law, this section offers a way to determine the hierarchy between "multi-sourced" legal norms.

The second part of the article opens with an inquiry into the minimum condition of legal positivism. There are differences in opinion among the legal positivists, but what makes them all legal positivists? The first section suggests that a form of the separability thesis is taken to constitute the common ground.

The second section asks the following question: Since, as expressed in the first part, the existence of a hierarchical relationship between the norms does not require the invalidity of the inferior norm's contrariness and finds the existence of a requirement of conformance, could it be claimed that ideal morality is superior to law? The article answers the question in the negative. The first section argues that the existence of a requirement to conform is sufficient for the existence of hierarchy *in case* a norm superior to both norms in question provides for the requirement of conformance. In the case of morality and law, there is no such common denominator. Just as morality claims to be superior to law, law may claim to be superior to morality. Moreover, it is argued that the legal positivism formulated around the separability thesis manages to survive even when it is granted that it is necessary for the addressees to have moral or prudential reasons to conform to legal norms.

## Giriş

Uygulamada hukukçular tarafından pek de sıklıkla başvurulmayan, bununla birlikte ülkemizde ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin pek çoğunda her "hukuka giriş" dersi veya eserinin öncelikli konularından olan normlar hiyerarşisi teorik ve pratik açıdan önem arz eder. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin yalnızca birbirinden ayrılmış bağımsız erkler olmadığı ve bunların birbirine tabi kılındığını göstermesi; kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin önünü açması; uluslararası hukuk normlarının da dahil edilmesiyle hukuk sistemlerinin tek bir hiyerarşik düzen içinde anlaşılabilmesini sağlaması; kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını anlamsızlaştırması normlar hiyerarşisinin teorik ve pratik önemine örnek gösterilebilir.

Normlar hiyerarşisini ilk olarak yüksek lisans tezimde inceledim. Ders vermeye başlamam ve öğrencilerle iletişimim neticesinde hem kitaplaşan tezimdeki hem de genel olarak normlar hiyerarşisi teorisindeki bazı hususların daha açık ifade edilmesi gerektiği sonucuna vardım. Bu çalışma ilk olarak söz konusu hususları aydınlatacak. Bu hususlardan en önemlisi esasen normların ayrılması (*individuation of norms*) ile de ilişkili. Normlar hiyerarşisini çoğunlukla "anayasa>kanun>yönetmelik" benzeri şekilde, hukuk kaynaklarını esas alarak dile getiririz. Oysa hukukun kaynakları hukuk normlarına özdeş değildir. Söz konusu hukuk kaynaklarının parçaları (maddeler, bentler, cümleler, vs.) birden fazla norm içerebileceği gibi, tek başına bir norm içermeyip, ancak başka kaynakların parçalarıyla birlikte yorumlandıklarında tam bir norma vücut veriyor olabilirler. Bu da karşımıza birden fazla kaynak tarafından ifade edilen normların hiyerarşide nerede yer alacağı sorusunu çıkarmaktadır. Bu ana sorun ve normlar hiyerarşisine ilişkin vurgulanması gerektiğini düşündüğüm diğer uyarılar çalışmanın ilk bölümünün konusunu oluşturacak.

İkinci bölüm birinci bölümde vurgulanan tespitlerin de yardımıyla farklı bir soruya yanıt arayacak. Acaba normlar hiyerarşisi, nevi şahsına münhasır bir hukuki normativitenin olmadığı, hukuki normativitenin ya ahlaki (ideal ahlak) ya da basiret (*prudence*) kaynaklı olması gerektiği tespitiyle birleştiğinde hukuki pozitivizmin temellerinin sarsıldığını düşünebilir miyiz? Bu sorunun önemi şuradan kaynaklanır: Bir hukuk normunun "norm" olabilmesi için muhataplarının söz konusu norma uymak için ahlaki veya basiret kaynaklı bir eylem sebebine sahip olması gerekir" şeklinde ifade edebileceğimiz şart, hukuk normunun içeriği ile "rasyonel normlar bütünü" şeklinde anlayabileceğimiz ahlak ya da basiret normlarının içeriği arasında bir uyuşmayı öngörüyor gibi görünür. Bu ise hukuki pozitivizmin tanınan yüzüne uygun değil gibi gelir insana: Hukukun varlığının, varlığı olgulara muhtaç olmayan (ahlaki veya basiret kaynaklı) normlarla ilişkilendirilmesi hukuki pozitivizmle taban tabana zıt görünür. İkinci kısımda bu görüntünün aldatıcı olduğunu, nevi şahsına münhasır bir hukuki normativitenin yokluğunun hukuki pozitivizmin temel iddiasıyla bağdaşacağını iddia edeceğim. Bunun için öncelikle kısaca hukuki

pozitivizmin asgari şartını hatırlatacak, sonrasında ise nevi şahsına münhasır bir hukuki normativite anlayışının mümkün olmamasından ahlak, basiret gibi olgu-bağımsız normatif düzenlerle hukuk sistemleri arasında bir "normatif hiyerarşi" tesis edilip edilemeyeceğini tartışacağım.

Makalede geçen temel bazı kavramların anlamlarına dair açıklamalarda bulunmak yararlı olacaktır. Kavramların taşıdığı anlamların en baştan ortaya konması, öğretideki farklı kullanımlar dolayısıyla ortaya çıkabilecek yanlış anlaşılmaların önüne geçebilir. Çalışmada geçen ahlakla ideal (veya eleştirel ahlak) kastedilmektedir. Bu anlamda ideal ahlakı "geçerliliği belli koşullar altında bütün rasyonel varlıklarca kabul edilecek olan evrensel davranış normları" olarak tanımlayabiliriz. "Basiret" *prudence*ın karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu anlamıyla basiret normları bir rasyonel varlığın "iyiliği"ne (well-being) ilişkin davranış normlarından oluşur. Basiret normlarının ahlak normlarından temel farkı basiret kapsamındaki gerekliliklerin, ahlaki gerekliliklerin aksine, bir başkasına borçlu olunmamasıdır.

Çalışmada geçerlilik kavramıyla bir normun varlığı ifade edilmektedir. Normun bir norm olarak varlığının normatif bir neticesi olması gerektiği düşüncesinden hareketle, bu varlık ile bağlayıcılık arasında bir ilişki kurulmaktadır. Bağlayıcılık kavramı ise eylem sebepleri üzerinden tanımlanmakta olup kavram doğrudan "yükümlülük" veya "itaat gereği" anlamında kullanılmamaktadır. Bunun nedeni belli bir eylemi gerçekleştirmek için sahip olduğumuz eylem sebeplerinin başka eylem sebeplerine yenilebilecek olması, ancak yenilen eylem sebeplerinin ilişkin oldukları eylemleri desteklemeye devam etmesidir. İşte, en nihayetinde uymamamız gereken bir normun bağlayıcılığı, bu "minimum" anlamdaki bağlayıcılık, yenilmiş eylem sebepleri üzerinden açıklanabilir. Çalışmadaki geçerlilik – bağlayıcılık özdeşleştirmesi, bir normun varlığı ile bu zayıf anlamdaki bağlayıcılık hakkındadır. Güçlü anlamdaki bağlayıcılık olarak anlaşılabilecek olan yükümlülük veya itaat gereğiyle geçerlilik arasında bir özdeşleştirme yapılmamaktadır.

## I. Normlar Hiyerarşisi: Kısa Bir Yeniden Bakış

Bu kısımda normlar hiyerarşisini detaylarıyla incelemeyeceğim. Bunun yerine bazı hususları tekrar ele alıp, mümkünse bunları yeni örneklerle ve daha detaylı biçimde tartışacağım. İlk olarak normlar hiyerarşisinin belirlenmesinde normların potansiyelinin dikkate alınması gerektiğini vurgulayacağım. Sonrasında H.L.A. Hart tarafından Hans Kelsen'in hukuk sistemlerinin birliği düşüncesine dair yönelttiği, ancak normlar hiyerarşisinin belirlenmesi açısından da önem arz eden bir eleştiriye yanıt vereceğim. Üçüncü olarak, normatif üstünlüğün bir normun diğerine uygun olması gerekliliğini ifade ettiğini, bunun ötesinde bir iptal gerekliliğinin mevcut olmasının şart olmadığını hatırlatacağım. Son olarak normların ayrılması teorisinden

(*theory of individuation of norms*) hareketle hiyerarşinin "kaynaklar" değil "normlar" arasında olduğuna dikkat çekeceğim.

## A. Hiyerarşinin Kriteri: Potansiyel Güç

Normlar hiyerarşisi tanımlanırken sıklıkla bir hukuk sisteminde normların birbirinden "geçerlilik aldığı" veya belli normların diğerlerinin "geçerliliğini belirlediği" hususlarından yola çıkılır. Eğer bir norm diğerinin hangi şartlarda geçerli kabul edilmesi gerektiğini, ne zaman hükümsüz hale geleceğini, hangi beşeri davranışlara ilişkin olabileceğini *belirleyebiliyorsa* üst norm konumundadır.

Hiyerarşik gücün belirlenmesinde mühim olanın potansiyel güç olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır. Farz edelim ki bir hukuk sistemindeki anayasa şu üç hususu hükme bağlamış olsun:

1) Kanunlar parlamento tarafından salt çoğunlukla çıkarılır.

2) Cumhurbaşkanı yönetmelik çıkarabilir.

3) Yönetmeliklerin konu unsuruna kanunlarla sınır getirilebilir.

Şimdi de söz konusu hukuk sisteminin belli bir anında (*t1*) hiçbir kanunun yönetmeliklerin konu unsuruna ilişkin bir sınır koymadığını varsayalım. Buna rağmen kanunların yönetmeliklerin hiyerarşik üstü olduğunu söyleyebilir miyiz? Yukarıda dile getirdiğim gibi, esas almamız gereken, normların potansiyel gücüyse yanıtımız evet olmalı. Ancak, mühim olanın normların potansiyel gücü olduğunu niçin kabul edelim ki?

Normlar hiyerarşisi normların hukuki rejimine göre belirlenir. Hukuki rejimle birlikte hiyerarşik güç de değişir/değişebilir. Hiyerarşik gücün değişmesi, mutlak suretle hukuki rejimdeki bir değişikliğe işaret eder. Kısacası, hukuki rejim hiyerarşik gücü kapsar. Bir normun hukuki rejimiyse onun üst normu tarafından belirlenir. Bir hukuk sisteminde kendi hukuki rejimini belirlediği söylenebilecek tek norm o hukuk sisteminin en üstün pozitif normudur. Örneğin, anayasanın kendi değişiklik usulünü düzenlemesi buna örnek gösterilebilir. Keza, üst normun kendisinin izin verdiği durumlarda da bir normun kendi hukuki rejimini belirli sınırlar içinde düzenlemesi mümkündür. Bizim varsayımsal örneğimizde kanunların kendi hukuki rejimini düzenleyebileceğini belirten bir anayasal hüküm söz konusu değildir. Dolayısıyla, kanunların hiyerarşik gücü ancak anayasal bir değişiklikten etkilenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında, "belli bir anda hiçbir kanun yönetmeliklerin konu unsurunu sınırlandırmasa bile kanunlar yönetmeliklerin üst normu olarak görülebilir mi?" sorusuna olumsuz yanıt verilmesi durumunda hiyerarşik gücün hukuki rejim

değişmeden değişebileceğini kabul etmiş oluruz. Bunun nedeni, *t1*'den sonraki bir *t2* anında yönetmeliklerin "yalnızca yürütmenin görev alanına giren konularda çıkarılabileceği"ni düzenleyen bir kanun yapılması durumunda kanunlar ile yönetmelikler arasında hiyerarşi bulunduğunu kabul etmek zorunda kalacak olmamızdır: Hukuk sisteminde kanunların hukuki rejimini etkileyen bir anayasal değişiklik gerçekleşmemiş olmasına karşın kanunların hiyerarşik gücünün ve dolayısıyla da hukuki rejiminin değişmiş olduğunu iddia etmekteyizdir. Demek ki, bir norm verili bir anda somut olarak diğerinin hukuki rejimini etkilemiyor olsa dahi, bunu yapma kudretine sahipse, iki norm arasında hiyerarşi olduğunu kabul etmemiz gerekiyor.

## B. Hiyerarşinin Kriteri: İçerik Ve Normatif Güç

H.L.A. Hart esasen Kelsen'in hukuk sisteminin birliğine ilişkin görüşlerine yönelttiği, ancak normlar hiyerarşisinin belirlenmesiyle de ilgili olan bir eleştiride, iki norm arasındaki altlık, üstlük ilişkisinin salt bu normların içeriğine bakılmak suretiyle belirlenmesinin doğru olmadığına işaret eder. Verdiği örnekte Hart, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun bir kanun çıkararak yürürlükteki Sovyetler Birliği kanunlarının geçerli olduğunu öngörmesi durumunda, Sovyetler Birliği'nin kanunlarının geçerliliğini Birleşik Krallık kanunlarından aldığını söylemek için bir sebebimiz olmadığını; Sovyetler Birliği hukuk sisteminin veya hukuk uygulayıcılarının Birleşik Krallık hukuk sisteminin bu otoritesini tanımadığını vurgular. Nihayetinde, Hart'a göre saf hukuk kuramı belli bir kanunun diğer kanunlar hakkında ne söylediğine odaklanarak, hiyerarşik üstünlük iddiası ile hakiki hiyerarşik üstünlük arasındaki farkı bulandırmaktadır.

Hart'ın bu eleştirisini haklı bulmuyorum. Kanımca Kelsen'in teorisinde normatif üstünlüğün (ve dolayısıyla da hukuk kurallarının aynı hukuk sistemine aidiyetinin) salt normların içeriğinden hareketle belirlendiğini iddia etmek doğru olmaz. Saf hukuk kuramı kapsamında belli bir içeriğe sahip olup, başka bir norma geçerlilik tanıdığını iddia eden normun normatif gücünü de söz konusu normun üst normu veya normları aracılığıyla belirlemek, geçerlilik tanıma iddiasında olan norm ile geçerlilik tanıdığını iddia ettiği norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi bu üst normların düzenlemelerini de dikkate alarak belirlemek gerekir. Hart'ın verdiği örnek üzerinden gidecek olursak, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun kanunlarına Sovyetler Birliği topraklarında uygulanacak olan kanunların geçerliliğini belirleme yetkisini veren bir üst norm var mıdır? Saf hukuk kuramında hukuk sistemlerinin coğrafi olarak nerede geçerli olduğu "etkililik prensibi" doğrultusunda belirlenir. Buna göre, herhangi bir hukuk sisteminin etkili olmadığı/olamadığı/olamayacağı bir coğrafyada geçerli olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu etkililik prensibi, uluslararası hukuk düzenini bir anlığına kenara bırakırsak, esasen bir hukuk sisteminin en üstün normuna geçerlilik

tanıyan temel normun içeriğidir. Birleşik Krallık hukuk sisteminin temel normu da etkili kanunlara uyulması gerektiğini buyurur. Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlar *kendisi açısından etkili olan herkes* bu kanunlara uymakla yükümlüdür. Söz konusu kanunlar Sovyetler Birliği vatandaşları açısından etkili değildir. Birleşik Krallık kanunları, temel norm dolayısıyla, Sovyetler Birliği kanunlarına geçerlilik tanıma gücünden yoksundur.

Elbette, Hart'ın eleştirisini savunmak üzere en nihayetinde bir normun normatif gücünü belirleyen üst normun da içeriğinden hareket edildiği ileri sürülebilir. Ancak, bir kere temel normun en üstün pozitif normun normatif gücünü belirleyebileceğini kabul edersek, bu savunu da anlamını yitirecektir. En nihayetinde bir anayasa kanunlara geçerlilik tanıyorsa bu temel norm, kanunlar idarenin düzenleyici işlemlerine geçerlilik tanıyabiliyorsa bu da normatif gücü temel norm tarafından kurulan anayasa dolayısıyladır. Kısacası, Hart'ın eleştirisi dönüp dolaşıp bir temel norm eleştirisine evrilmek zorundadır ve bu konuda Hart haklı da olabilir. Bununla birlikte, Kelsen'in normlar hiyerarşisinin Hart'ın iddia ettiği gibi salt normların içeriğine değil, hatalı biçimde tespit edilse dahi belli bir içeriğe sahip olan normların *normatif gücüne* dayanılarak tespit edildiğini kabul etmek gerekir.

## C. "Uygunluk Gerekliliği" Olarak Normatif Üstünlük

Bu kısımda kısaca normatif üstünlük için üst norma uygun olma gerekliliğinin yeterli olduğunu iddia edeceğim. Bu iddianın ön hazırlığını ise hukuk düzenlerine ilişkin genelgeçer bazı hususlara değinerek yapacağım. Hukuk sistemleri toplumsal düzenlerdir. Hukuk sistemleri bir insan topluluğunun içinde var olur. Hukuk sistemlerinin aynı zamanda insan toplulukları *için* olduğu iddiası da, ilki gibi her durumda geçerli bir iddia olmasa dahi, genel itibariyle doğrudur. Bu sistemin parçası olan normlar da insanlar tarafından yaratılırlar. Hukuk normlarının ortaya çıkması gibi ortadan kalkması da kural olarak insanlar tarafından gerçekleştirilir. Hukuk normlarının kendiliğinden ortadan kalkması nadiren görülür. Tercih edilen yol, hukuka aykırı bir hukuk normu söz konusu olduğunda dahi bu normun insan iradesi tarafından, hukuka aykırılığın tespiti neticesinde ortadan kaldırılmasıdır. Bu yüzden de hukuka aykırılık çoğu zaman geçersizlikle özdeş değildir. Hukuka aykırılık, ancak yetkili organ tarafından tespit edilip iptal işlemi gerçekleştiğinde geçmişe yahut ileriye yönelik geçersizlikle neticelenir. Yetkili organ hukuki yükümlülüğünü ihmal ederek hukuka aykırı olduğu iddia olunan işlemi iptal etmezse, hukuka aykırılık devam etse de geçersizlik sonucu ortaya çıkmaz. Norm yaratma bağlamında hukuka aykırılık, bir normu ortaya çıkarma yetkisine sahip olan organ veya kişinin, hukuk yaratan fiilinin (olgu) bu fiile ilişkin norm tarafından ifade edilen gerekliliğe uygun olmaması durumudur. Bu aykırılık fiil neticesinde bir hukuk normunun ortaya çıkmasına engel olabileceği gibi, durumun aksi biçimde

düzenlenmesi de mümkündür. Bir örnekle hususu açıklayalım: Türk hukuk sistemine göre, anayasa değişikliği için Parlamentonun en az 3/5'inin oyunun *gerektiği* anayasal normlar tarafından belirlenmiştir. Bununla birlikte, bu gerekliliğe aykırılık kendiliğinden anayasa değişikliğinin geçersizliğine yol açmaz. Bu geçersizlik için Anayasa Mahkemesi'nin önünde iptal davası açılmış olması ve mahkeme tarafından değişikliğin iptaline karar verilmiş olması gerekir. Bu şart gerçekleşmediğinde dahi Parlamentonun anayasaya aykırı davrandığından bahsedilebilir. Anayasa aykırılığın öngörülen hukuki sonuçlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı bir meseledir.

Belli bir normun bir diğerine aykırılığının geçersizlik yaptırımına tabi tutulmuş olması hiyerarşik ilişkinin kanıtıdır. "Geçersizlik yaptırımına tabi tutulmuş olmak" belli bir organın aykırı normu iptal etme yetkisi ve/veya ödeviyle donatılmış olmasını ifade eder. Hiyerarşik ilişkinin mevcudiyeti için söz konusu organın iptal yetkisini kullanmış olması, benzer durumlarda kullanıyor olması veya söz konusu aykırılık açısından kullanacak olmasının beklenmesi gerekmez. Söz konusu organın aykırı normu iptal etmesinin *gerekmesi* yeterlidir.

Öte yandan, hiyerarşik ilişkinin varlığı için iptal yaptırımının şart olmadığını kabul etmek gerekir. Öncelikle şunu vurgulayayım: "İptal gerekliliği" aykırılık tespit etmesi durumunda belli bir yargı organının belli bir işlem tesis etmesi gerektiğini ifade eder. "Uygun olma gerekliliği" ise zaten kendi başına belli bir organın aykırı norm çıkarmaması gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla, iptal gerekliliğinin söz konusu olmadığı durumlarda da zaten aykırı normu ihdas eden organın kendisinin söz konusu normu ortadan kaldırma gerekliliği söz konusudur. İptal gerekliliği aykırı normu ortadan kaldırma konusunda başka bir organın daha yetkilendirilmesi dışında bir işlev görmez. Bir denetim mekanizmasıdır. Yoksa, iptal gerekliliğine aykırı davranılması durumunda da bir norm hukuka aykırı haliyle var olmaya devam edebilir. Tıpkı ihdas makamının "uygun olma gerekliliği"ne aykırı davrandığı durumda olduğu gibi. Dolayısıyla da iptal gerekliliği hiyerarşinin varlığı için şart değildir: Niçin hiyerarşinin varlığı için aykırı normu ortadan kaldırmakla en az iki organın yetkilendirilmesi gereksin ki? Yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleme ve organların denetim altında tutulması yönündeki liberal kaygılara hizmet edebilir iptal gerekliliği. Bu haliyle de daha ziyade organlar arasındaki ilişkiye dairdir. İptal gerekliliğinin varlığı, aynı zamanda "uygun olma gerekliliği"nin de varlığını gösterdiği için hiyerarşik ilişkiye delalettir. Bununla birlikte yokluğu, "uygun olma gerekliliği" onsuz da söz konusu olabileceği için hiyerarşinin yokluğu anlamına gelmez.

Hiyerarşik ilişki farklı durumlarda söz konusu olabilir. Ben dört farklı durum söz konusu olduğu kanaatindeyim: 1) Hukuk sisteminde değerlendirmeye konu olan her iki normdan da üstün bir normun iki norm arasında doğrudan hiyerarşi tesis etmesi, 2) bir normun diğerine aykırılığının geçersizlikle sonuçlanmasının gerekmesi,

3) normlardan birinin diğerinin ihdas usulünü belirleme gücüne sahip olması, 4) normlardan birinin diğerinin içeriğini belirleme gücüne sahip olması. Her durum, kendi başına hiyerarşinin varlığını göstermeye yeter. 2'nci dışındaki durumlarda aykırılık geçersizlik yaptırımına tabi olmasa dahi hiyerarşi mevcuttur. Bununla beraber, kimi durumlarda bu dört durumdan hiçbir mevcut olmasa bile bir normun normlar hiyerarşisinde diğerinin üzerine yerleştirilmesi mümkün olabilir. Örneğin, $N_1$ ile $N_2$'nin aynı seviyede yer aldığını tespit etmiş olalım. $N_3$ ile $N_1$ arasında sayılan dört durumdan biri mevcut olmasa dahi, $N_3$ ile $N_2$ arasında mevcut olduğundan, $N_3$'ün normlar hiyerarşisinde $N_1$'in üzerine yerleştirilmesi gerekebilir.

Aykırılığın yaptırıma bağlanmadığı durumlarda mevcut olan hiyerarşinin *belli açılardan* "yararsız", "anlamsız" veya "gereksiz" olduğu savunulabilir. Bazı durumlarda bu tespit doğru da olabilir. Ancak, normatif hiyerarşinin pratik, siyasi veya diğer perspektiflerden "uygun" bulunan durumlara hizmet etmesi şart değildir. Nasıl normlar olgular üzerinde bir değerlendirme aracı olarak salınıyorsa, normatif hiyerarşide de üst normlar alt normlar üzerinde aynı şekilde salınır. Bununla birlikte, olguların normlara aykırılığı olgunun yokluğuyla sonuçlanmak zorunda değildir. Bir bıçağın keskin olması gerekir. Ancak, keskin olmamakla bıçak bıçaklığını yitirmez. Yalnızca ait olduğu kategorinin daha kötü bir örneğini teşkil ediyordur artık. Benzer biçimde, üst norma aykırı her alt normun hukuk normu olma niteliğini yitirmesi, yani geçersiz olması icap etmez. Üst norma aykırı normun artık değiştirilmesi gereken, belli açılardan "uygunsuz" bir norm olması da söz konusu olabilir. Bu kısımda dile getirdiğim hususlar özellikle ikinci bölümde ahlak-hukuk ilişkisi bağlamında tekrar önemli olacak.

## D. Normlar Hiyerarşisi Ve Normların Ayrılması Teorisi

Hiyerarşiyi hep "norm"ların hiyerarşisi olarak anarız. Bununla birlikte, bir hukuk sisteminin normlar hiyerarşisinden bahsederken normlar yerine hukuk kaynaklarını sıralarız. Anayasa, kanun, yönetmelik gibi kaynaklar birer norm değildir. Bunların normları içerebilecek formlar, bir nevi normların mahfazası olduğu söylenebilir. Normların ayrılması teorisinin bize söylediği ise bir "kaynak parçası"nın, örneğin bir yönetmelik maddesinin, bir norm içermiyor olabileceğidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, bir norm en azından bir muhatap, muhatabın bir eylemi ve bu eylem hakkındaki gereklilik olmak üzere üç unsurdan oluşur. En nihayetinde bir metin parçası olan yönetmelik maddesi ise bu unsurları içerebileceği gibi, içermeyebilir de. Kimi zaman bir madde belli bir unsuru, aynı yönetmeliğin başka bir maddesi ise diğer unsurları belirler. Kimi zamansa eksik unsurlar başka yönetmelikler ve hatta başka *normlar* tarafından tamamlanabilir.

Bu durumda bir kanunun normlar hiyerarşisinde bir yönetmelikten üstün olduğunu söylediğimizde neyi kastediyoruz? Şu kadarı açık: Bütün unsurlarıyla bir kanun tarafından belirlenmiş bir norm, bütün unsurlarıyla bir yönetmelik tarafından belirlenmiş bir normdan üstündür. Peki ya normların bütün unsurları aynı kaynak tarafından belirlenmemişse? Bütün unsurları bir kanun tarafından belirlenen bir norm, gereklilik unsuru yönetmelikle, diğer unsurları kanun tarafından belirlenen bir normdan üstün müdür? Hangi unsurun hangi kaynakla düzenlendiğinin bir önemi var mıdır?

Bu soruyu yanıtlayabilmek için normların ayrılması teorisini biraz daha detaylı biçimde ele almamız gerekir. Genel olarak bir normun şu üç unsuru içerdiği konusunda pek bir şüphe yoktur: 1) Muhatap, 2) Eylem ve 3) Gereklilik. Bir başka deyişle, her hukuk normu belli bir rasyonel varlığa hitap eder (1). Bu hitap söz konusu varlığın belli bir eylemine ilişkindir (2). Normlar eylem hakkında bir gereklilik arz ederler (3). Bu bir yasak veya emir olabilir. Ayrılabilirlik teorisine ilişkin, bu unsurlarla ilgili olan ve olmayan bazı tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmanın amacı bu tartışmalara yanıt vermek değildir. Zaten bu tartışmalara dair benimsenen bakış açısının çalışmanın sonuçlarını değiştiren bir etkisi olmayacaktır. Bu konulara kısaca değinip kendi bakış açımı ortaya koymakla yetineceğim.

Tartışmalı olan hususlardan biri izin ve yetkiye dair normların muhatabı hakkındadır. Burada kısaca konuya benim yaklaşımımı aktaracağım. Bir izin veya yetkinin muhatabı olmaz. Elbette, normun metninde izin veya yetki sahibi geçer. Bununla birlikte, normlar her zaman gerekliliklere ilişkindir. İzin veya yetki veren normların arz ettiği gereklilikse iznin veya yetkinin sahibi üzerinde değil, bunlar dışında kalanlar üzerinde doğar. Örneğin, bu gereklilik izin veya yetki sahibinin söz konusu iznin veya yetkinin konusu olan eylemi gerçekleştirmesini engellememe yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkabilir.

Bir başka tartışma muhatabın kimliğine dairdir. Normların muhatabı yalnızca insanlar mı olabilir? Eğer normların muhatabı yalnıza insanlar olabiliyorsa, bu insanların akıl sağlığı veya rasyonel kapasitelerinin bir önemi var mıdır? İnsanlar dışında yapay zekanın, hayvanların ve hatta cansız varlıkların hukuk normlarının muhatabı olması mümkün müdür? Kanımca normların kendilerini anlayıp ona göre eyleme potansiyeline sahip olmayan varlıklara hitap etmesi mümkün değildir. Kavramsal olarak bir pratik normun bulunduğu yerde muhatabın söz konusu norma uymak için belli bir eylem sebebinin olması zorunludur. Normatif eylem sebepleri belli bir eylemi gerekçelendiren olgular olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, hukuk normunun muhatabının eyleyebilmesi ve dahası belli bir gerekçeyle eyleyebilmesi zorunludur. Bu zorunluluk yapay zeka dışındaki cansız varlıkların hukuk normlarının muhatabı olmasını engeller. Yapay zeka, insanlar ve diğer canlı varlıklar açısından

verilecek olan karar bu varlıkların hukuk normunu anlayabilme kapasitesine göre verilmelidir. Sağlıklı çoğu insanın bu kapasiteye sahip olduğu konusunda şüphe olmamalıdır. Bununla birlikte, belli durumlarda (akıl hastalığı, engellilik vb.) insanlar bu kapasiteden yoksun olabilecek ve dolayısıyla da hukuk normunun muhatabı olarak kabul edilemeyecektir. İnsan dışındaki bilinen canlı varlıkların çoğu hukuk normlarını bilip ona göre eyleme kapasitesinden yoksundur. Yapay zeka hakkındaki karar ise gelişmişliğine ve gelecekteki durumuna göre verilmek zorundadır.

Yukarıda ele aldığımız unsurlarla ilgili olmayan bir tartışma da yaptırımlara ilişkindir. Bir görüşe göre, yaptırım hukuk normlarının ayırt edici niteliğidir. Bu nedenle de en nihayetinde bir yaptırım içermeyen veya bir yaptırımın uygulanmasının koşullarıyla ilgili olmayan bir hukuk normu tahayyül edilemez. Ben yaptırımların yaptırıma bağlanan normdan ayrı birer norm olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Günümüzde doktrinin büyük bölümünün de yaptırımı hukuk normunun zorunlu bir parçası olarak gören Kelsenci teoriden uzak durduğu söylenebilir.

Şimdi unsurları farklı kaynaklarda belirlenen iki norm arasındaki hiyerarşiyi değerlendirelim. Kanunların yönetmeliklerden hiyerarşik olarak üstün olduğu bir hukuk sisteminde, örneğin Türk hukuk sisteminde, $K_1$ ve $K_2$ kanun, $Y_1$ ve $Y_2$ yönetmelik, φ ile ψ ise uyuşmaz birer eylem olsun:

$Y_1$: "Öğretim yılının başında φ yapılmalıdır".

$K_1$: "Üniversite öğrencileri $Y_1$'e uygun davranacaktır".

Örnek olarak verilen iki mevzuat parçası esasen tek bir norm oluştururlar. $K_1$ bir normun zorunlu unsuru olan eylemi belirlememekte, ne olduğu belirsiz bir eylemin belli bir niteliğini vurgulamakla yetinmektedir. "Bir şeye uygun davranmak" başlı başına bir normun içeriğini oluşturabilecek bir eylem değildir. Ne yaparak o şeye uygun davranılacaktır? Eylemin $Y_1$'e uygunluğu eylemin kendisi değil, olsa olsa o eylemin bir niteliğidir. Bununla birlikte, muhatap kitlesi $K_1$ tarafından belirlenmektedir. Ne olduğu henüz belli olmayan eylemi gerçekleştirecek olanlar "üniversite öğrencileri" kümesine dahil olan gerçek kişilerdir. $Y_1$'i incelediğimizde ise muhatap kitlesinin bulunmadığını, bunun yanında eylemin somut olarak belirlendiğini (φ) görmekteyiz. $Y_1$ aynı zamanda "φ yapma gerekliliği" şeklindeki gereklilik unsurunun da kaynağıdır. $K_1$'deki gereklilik $Y_1$'in normatif gücünün kaynağıdır; φ yapma gerekliliğinin değil. Ne $K_1$ ne de $Y_1$ tek başına bir normun bütün zorunlu unsurlarını içerir. Ancak, ikisi birlikte "Üniversite öğrencileri öğretim yılının başında φ yapmalıdır" şeklinde ifade edebileceğimiz $N_1$'e vücut verirler.

Şimdi şu kanunun da var olduğunu varsayalım: $K_2$: "Üniversite öğrencileri her öğretim yılının başında ψ yapmalıdır". Hukuk sisteminde söz konusu metni nitelendiren, kapsamını daraltan yahut genişleten herhangi başka bir mevzuat parçası

olmadığında, $K_2$ tek başına "Üniversite öğrencileri her öğretim yılının başında ψ yapmalıdır" şeklinde ifade edilebilecek olan $N_2$ normuna vücut vermektedir. Eylemler "φ" ile "ψ"nin birebiriyle uyuşmadığını söylediğimize göre üniversite öğrencileri $N_1$ uyarınca mı yoksa $N_2$ uyarınca mı hareket etmelidir? Bir başka deyişle, somut eylem gerekliliğinin bir kanunda değil de yönetmelikte belirlenmiş olmasıyla normun bütün unsurlarının bir kanunda belirlenmiş olması arasında bir fark var mıdır?

Yanıt bir başka soruya verilecek yanıta bağlıymış gibi görünüyor. $K_1$ "Üniversite öğrencileri $Y_1$'e uygun davranacaktır" hükmünü öngördüğünde, $Y_1$'in içeriğini onu tekrar etmeden, atıf yoluyla kendisine dahil eden tam bir kanun normundan bahsetmek mümkün olamaz mı? Neticede bir normun yapıcısı içeriği uzun uzadıya yazmadan ifade etmek ve bu nedenle de atıfta bulunmak istemiş olabilir. Hal böyleyse bizim $K_1$'in tek başına bir norm teşkil etmediği yönündeki ifademiz de hatalı olacaktır. Neyse ki $K_1$'in atıf yoluyla oluşturulmuş tam bir içeriğe sahip olduğu ve bir normun bütün unsurlarını taşıdığını kabul etmemek için güçlü sebepler var. Her şeyden önce $K_1$ oluşturulduğunda $Y_1$ mevcut olmayabilir. Hatta $Y_1$ $K_1$'in çıkarıldığı anda mevcut olsa dahi, $Y_1$ bir kaynak olarak vardır. Yani, $Y_1$ çeşitli normatif içerikleri için bir kap konumundadır. İleride yürütmenin veya idari bir makamın iradesiyle $Y_1$'in içeriği değişebilir. Bu durumda, atıfla $K_1$'in içeriğinin tam olarak belirlendiğini kabul edecek olursak $K_{1,}$ içeriği sonradan yürütme veya idarenin iradesiyle belirlenen ya da değiştirilen bir norm konumunu alacaktır. Bu ise bir kanunun yürütme veya idare tarafından yapıldığı anlamına gelecek ve Türk hukuk sisteminin en temel anayasal ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, $K_1$'in atıf yoluyla belirlenen bir içeriği olduğu düşüncesinden uzak durmak gerekir. Kanun ve yönetmeliğin hukuki rejimi açısından hangi organın iradesiyle yaratıldıkları belirleyici bir husustur.

Demek oluyor ki $N_1$ ve $N_2$ arasındaki çatışmayı hiyerarşik olarak aynı seviyedeki normların çatışmasına indirgemek mümkün olmamaktadır. Bu şekilde, normların unsurlarının farklı kaynaklar tarafından belirlendiği durumlarda "eyleme gerekliliğinin" hangi kaynaktan çıktığına dikkat edilmesi gerekir. Çünkü bir normun gücü, onun normatifliğinin kaynağı bir eylemi gerektirebilmesinden kaynaklanır. Hiyerarşik olarak üstün olanın gerektirme gücünün de üstün olacağı varsayılır (*lex superior derogat legi inferiori*). $N_1$ kapsamındaki gerekliliğin $Y_1$'den kaynaklandığı daha önce açıklanmıştı. $N_2$ kapsamındaki gereklilikse $K_2$'den kaynaklanmaktadır. Kanun metinlerinin kaynaklık ettiği normlar yönetmelik metinlerinin kaynaklık ettiği normlardan üstün olduğuna göre, $N_2$'nin $N_1$'den üstün olduğuna hükmedilmelidir.

Kısaca belirtmek gerekirse, "normlar hiyerarşisi" dediğimiz esasen hukuk yaratan iradelerin neticesinde ortaya çıkan gerekliliklerin hiyerarşisidir. Bu tespit normlar hiyerarşisinin ardında organlar hiyerarşisinin yattığı yönündeki tespite benzetilebilir. Yalnızca ben normlar aleminde kalarak hiyerarşiyi iradelerin ortaya çıkardığı

gereklilikler arasında tesis etmekte ısrar ediyor ve organlar hiyerarşisiyle normlar hiyerarşisi arasında kusursuz bir paralellik olmayabileceğini hatırlatmakta fayda görüyorum.

## II. Hukuki Pozitivizm Ve Ahlak

Hukuki normativite ahlaki veya basiret kaynaklı gerekliliklere bağımlıdır. Hukuk normuna uyma gerekliliği en nihayetinde ahlaki veya basiret kaynaklı bir gereklilik olarak ifade edilebilir. Normativitenin bu ideal görünümlerinden ayrı, bağımsız bir hukuki normativiteden bahsedilemez. Bu aynı zamanda şu anlama da gelir: Bir hukuk normuna uymak için sahip olduğumuz eylem sebepleri ya ahlakidir ya da basiret kaynaklıdır. Bu ikisinden bağımsız bir "hukuki eylem sebebi" kategorisi bulunmaz.

Hukuki normativitenin ahlak veya basiret kaynaklı gerekliliklere asalak olması ilk bakışta "hukuk-ahlak" ayrılığı ile tanınan hukuki pozitivizmin temellerine aykırı gibi görünebilir. Çalışmanın ikinci kısmında öncelikle – en azından bu çalışma için – hukuki pozitivizmin asgari şartını belirleyeceğim. Sonrasında ise hukuki normativitenin asalaklığı veya bağımsız bir hukuki eylem sebebi kategorisinin yokluğunun tespit edilen asgari şarta aykırı olmadığını savunacağım.

### A. Hukuki Pozitivizmin Asgari Şartı

Bir kimsenin hukuki pozitivist olmasının ardında ahlaki şüpheciliği yatıyor olabilir. Ahlaki şüphecilik görelilik, nihilizm, öznellik, anti-realizm gibi farklı kaynaklara sahip olabilir. Saf hukuk kuramı, örneğin, görelilik temelinde bir ahlaki şüphecilik örneğidir. Kelsen ahlakın her daim göreli olacağını, mutlak ahlaki normların olamayacağını vurgular. Bir bilim olan hukukun saf kuramı, *bilimsel olarak* yanıtlanamayacak olan hangi düzenin adil veya ahlaki olduğu sorusuyla ilgilenmez. Kelsen'e göre, ideal ahlak normlarının temeli olduğu iddia edilen formüller – Immanuel Kant'ın kategorik emperatifi de dahil olmak üzere – ya içeriksiz ya da totolojiktir. İdeal (objektif) ahlaki değer ve normların yokluğunda ise hukukun varlığının ahlaki değerine bağlı olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim ahlaki değerler doğaları itibarıyla göreli olacaksa, aynı hukuk bir perspektiften var, diğer perspektiften yok olmalıdır. Oysa bir şey – en azından hukuk – aynı anda var ve yok olamaz.

Saf hukuk kuramının bu tespiti "hukuki pozitivistlerin minimum tezi" olarak adlandıracağım ayrılabilirlik teziyle uyumludur. Ayrılabilirlik tezini "Bir hukuk normunun geçerliliğinin veya içeriğinin belirlenmesinde ahlakın zorunlu bir rolü yoktur ve muhatapların hukuk normlarına uymak için ahlaki eylem sebepleri olması gerekmez" şeklinde ifade edebiliriz. Bu teze "minimum" tez dememin nedeni şu: Önemli hukuki pozitivistler bu tezin hukuki pozitivizmi temsil etme kapasitesi hakkında bizimle hemfikir değildirler. Örneğin, yumuşak hukuki pozitivizmin

tezi olarak anabileceğimiz toplumsal olgu tezine göre, yalnızca ahlaki kriterlerin değil, hiçbir değerlendirici kriterin bir hukuk normunun geçerliliği veya içeriğinin belirlenmesinde zorunlu bir rolü olamaz. Örneğin, bir hukuk normu "toplumsal faydaya aykırı" olduğu için geçersiz olmaz. Kısacası, ahlak hukuk normlarının geçerliliğinin belirlenmesinde ancak hukuk sisteminin atfıyla bir önem kazanabilir. Sert hukuki pozitivistler ise kaynak teziyle birlikte yalnızca ayrılabilirlik tezini değil, toplumsal olgu tezini de yetersiz bulur: Onlara göre *hiçbir şart altında* bir hukuk normunun geçerliliği veya içeriğinin belirlenmesinde değerlendirici kriterlere başvurulması *gerekemez*. Bu değerlendirici kriterler yalnızca ahlaki kriterleri değil, örneğin, basiret gereği söz konusu olan kriterleri de kapsar.

Bütün bu farklara rağmen, "Bir hukuk normunun geçerliliği ve ahlaki doğruluğu arasında zorunlu bir bağ yoktur" şeklinde ifade ettiğimiz tez, yeterliliği hakkındaki şüphe ve itirazlar bir yana, bir önerme olarak bütün hukuki pozitivistler açısından doğrudur. Bununla birlikte, bu temel önermenin doğruluğu kimi zaman kendisini hukuki pozitivist olarak nitelendiren veya nitelendirmeyen kişilerce varsayılan başka önermelerin doğruluğunu gerektirmez. Kısaca bunların da üzerinden geçmek hukuki pozitivizmin asgari şartının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi için yararlı olacaktır.

## 1. Ahlaken İyi Hukukun Kavramsal Olanağı Ve Gerekliliği

Yukarıda da gördüğümüz gibi, hukuki pozitivizmin minimum şartı herhangi bir formda ahlaki şüpheciliğin benimsenmesini gerektirmez. Bir hukuki pozitivist ahlaki şüpheci olabileceği, hatta ahlakın varlığını nihilist bir perspektiften tamamen reddedebileceği gibi, evrensel ve mutlak ahlaki normların varlığını kabul eden bir kimse de olabilir. Bu durumda, ahlaki kriterlerin hukuki geçerlilik üzerinde hiçbir zorunlu etkiye sahip olmaması "iyi", "adil" veya "ahlaka uygun" hukukun kavramsal olarak anlamsız olduğu anlamına gelmez. Bu doğrultuda Kelsen açıkça şunu ifade etmektedir:

"Her durumda hukukun saf kuramının kendisinin belirli bir kanunun adil olup olmadığı ve adaletin asli unsurunun ne olduğu sorularına yanıt veremeyeceğini ilan ederek yaptığı hiç de adil kanun gerekliliğine karşı çıkmak değildir. Hukukun saf kuramı – bir bilim – bu soruya yanıt veremez çünkü bu soru hiç de bilimsel olarak yanıtlanabilecek bir soru değildir."

Aynı alıntının gösterdiği gibi, hukuki pozitivizm hukukun ahlaken iyi, adil olması gerektiğini de reddetmek zorunda değildir. Kelsen bu gerekliliğin objektif bir gereklilik olamayacağını düşünür. Bununla birlikte, gerekliliğin objektif bir gereklilik olduğunu kabul ederek de hukuki pozitivist olunabilir: Hukukun ahlaki normlara uygun olması gerekir. İyi olan budur. Hatta ahlaka aykırı hukuk normuna uyulmaması dahi gerekebilir. Bununla birlikte, bu gerekliliğe aykırılık hukukun

hukuk olma niteliğinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Ortada uyulmaması gereken bir hukuk kuralı vardır.

## 2. Hukuktansa Ahlaka Uyma Gerekliliği

Hukuki pozitivizm insanlara neye uymaları gerektiğini söylemez. Bir hukuk normu bir ahlaki ilkeyle çatıştığında hukuka uyma gerekliliğini kurmanın aracı değildir hukuki pozitivizm. Saf hukuk kuramının her hukuk normunun bir *Sollen* ifade ettiğini söylediği doğrudur. Bu *Sollen* ise ancak uyma gerekliliği olarak anlaşılabilir. Bununla birlikte, saf kuram kapsamındaki uyma gerekliliğinin temel norma dayanan hipotetik bir uyma gerekliliği olduğu ve etik uyma gerekliliğiyle aynı anlama gelmediğini akıldan çıkarmamak gerekir.

Hukuki pozitivizm hukuk niteliğini normatif bir kritere dayanarak tespit etmez. Bir şeyin hukuk olup olmadığı toplumsal olgulara atıfla belirlenir. Her ne kadar norma uyma derecesinin bir ifadesi olarak etkililik kavramı hem tekil hukuk normlarının hem de bir toplumsal düzenin varlığının tespitinde rol oynayabilse de, burada mühim olan söz konusu norma veya sisteme uyulup uyulmadığıdır; uymanın gerekip gerekmediği değil. Dolayısıyla, eğer ahlaka aykırı hukuk normlarına uyulmaması gerektiği savunulacaksa bu bir hukuki pozitivist tarafından da yapılabilir. Yeter ki ahlaka aykırı hukukun hukuk olmadığı savunulmasın. Kısacası, ahlaka aykırı hukuka uyulmaması gerekliliği hukuki pozitivizmin bir sonucu olmasa da, onun minimum iddiasıyla uyumludur.

## 3. Normatif Niteliğin Hukuk Dışı Bir Kaynaktan Sağlanması

Bir normun bağlayıcılığı ona uyma gerekliliğinin gücüyle doğru orantılıdır. Norma uyma gerekliliğinin gücü ise norma uymak yönünde sahip olunan eylem sebeplerinin toplam gücüne denktir. Bağlayıcılığı çok yüksek olan bir normu ihlal etmemiz gerekebileceği gibi, bağlayıcı gücü düşük bir norma uymamız da gerekebilir. Uymak için güçlü sebeplere sahip olduğunuz bir normu ihlal etmek için daha güçlü sebebiniz olabilir. Uymak için zayıf sebepleriniz olan bir norma uymamak içinse hiçbir sebebiniz olmayabilir. Bu nedenle de bağlayıcı gücü nihai bağlayıcılıktan ayırt etmek icap eder. Nihai anlamda bağlayıcı olan norm, uymak için yenilmemiş bir sebebe sahip olduğumuz normdur. Uymak için geçerli bir sebebimizin olduğu, ancak bu sebep yenildiği için en nihayetinde uymamız gerekmeyen bir norm da belli bir bağlayıcı güce sahip olacaktır. Çünkü, daha önce de vurgulandığı gibi, yenilen eylem sebepleri ilişkin oldukları eylemi gerekçelendirmeye devam ederler. Ancak, bir norma uymak için sahip olunan eylem sebebi veya eylem sebepleri yenilmişse, norm nihai anlamda bağlayıcı olamayacaktır.

Her normun bağlayıcı bir güce sahip olmasını onun normatifliği olarak ifade edeceğim. Bir hukuk normu niçin bağlayıcıdır? Hukuk normunun yalnızca hipotetik değil, gerçek anlamda bir norm olduğunu düşünüyorsak bu sorunun bir yanıtı olmalıdır. Eylem sebepleri için olası kaynaklarsa, daha önce belirttiğim gibi, ahlak ve basirettir. Bu ikisinden birine indirgenemeyen, "hukuki" eylem sebepleri bulunmaz. Bu nedenle de bir hukuk normunun normatifliği hukuk dışı bu iki kaynaktan birine atıfla belirlenmelidir. Hukuk normunun normatifliği onun bir norm olarak varlığı, normun varlığı ise onun geçerliliği anlamına gelir. Dolayısıyla, bir hukuk normunun geçerliliği açıklanırken zorunlu olarak hukuk dışı bir kaynağa atıfta bulunulmalıdır.

Pozitivistler kavramsal gerçek olarak nitelendirilen bu iddiayı reddetme eğiliminde olabilirler. Ben bu eğilimin doğal hukukçu teoriler karşısında pozitivizmin temel iddialarını savunmak için gerekli olduğunu düşünmüyorum. Yukarıda tespit edilen minimum tez yalnızca hukuki geçerliliğin değerlendirilmesinde "ahlaki değerlendirmelere" başvurmanın zorunluğunu dışlar. Dolayısıyla, "bir hukuk normunun geçerliliğinde ahlaki *veya* basiret kaynaklı eylem sebeplerinin değerlendirilmesi zorunludur" önermesi temel minimum tezle çelişmez. Çelişki birbirinin değillemesi olan her iki önermenin de doğru olduğunun iddia edilmesi halinde söz konusu olur. Aynı anda doğru olabilen önermeler çelişmez. Minimum tez hukuka uymak için kimi zaman ahlaki eylem sebeplerimizin olmasına değil, ahlaki eylem sebeplerinin varlığının zorunlu olmasına karşıdır. Kavramsal gerçek de bir hukuk normuna uymak için mutlaka ahlaki eylem sebeplerimiz olmasını gerektirmez. Bir hukuk sistemindeki bütün normlara uymak için sahip olunan eylem sebeplerinin basiret kaynaklı olmasına müsaade eder. Kavramsal gerçek bir hukuk sisteminde tek bir norma uymak için dahi ahlaki eylem sebebine sahip olunmasını şart koşmadığına göre, her ikisinin de aynı anda doğru olması mümkündür. Bu durumdaysa minimum tez ve kavramsal gerçek arasında mantıksal bir çelişki olmadığını kabul etmek gerekir.

## B. Ahlakın Hiyerarşik Üstünlüğü?

İlk bölümde normlar hiyerarşisine dair en önemli tespitlerden birinde şunu vurguladım: Bir normun diğerine aykırılığının yaptırıma bağlanmış olması iki norm arasında hiyerarşik ilişki bulunduğunun kesin kanıtıdır. Bununla birlikte, aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olması iki norm arasında hiyerarşik ilişki olmadığını göstermeye yetmez. Kimi zaman üst hukuk normları, alt hukuk normlarının kendilerine aykırılığının geçersizlikle sonuçlan*maması* gerektiğini düzenleyebilir. Çeşitli hukuk sistemlerinde bunun örneklerini görmemiz mümkündür: Örneğin, Birleşik Krallık hukuk sisteminde kanunlar bir idari mercii alt mevzuat (*delegated legislation*) çıkarmak konusunda yetkilendirirken aynı zamanda söz konusu alt mevzuatın kanunlara uygunluğunun denetlenemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Bu durumda kanunun yine de üst norm olarak belirlenmesi iki hususta kaynaklanır: 1)

Alt mevzuat çıkarma yetkisini hukuk sisteminde öngören kanunlardır. Dolayısıyla, kanun olmasaydı söz konusu alt mevzuat var olmazdı. Bir başka deyişle, alt mevzuatın çıkarılmasına dair en azından usuli hususlar kanun tarafından belirlenmektedir. 2) Alt mevzuatın kanuna aykırılığının yaptırıma bağlanmaması tamamen bir kanun dolayısıyladır. Normatif hiyerarşinin belirlenmesi konusunda normların potansiyel gücünün önem arz ettiğini ilk bölümde belirlediğimize göre, alt mevzuatı dilemesi halinde yargı denetimine tabi kılabilecek olan kanun normlar hiyerarşisinde bu normun üzerinde yer almalıdır.

Şimdi şu argümanı ele alalım: Hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezi doğrultusunda, hukuk normları bu sonucu ayrıca öngörmediği sürece, ahlak normlarına aykırı hukuk normlarının varlığını sürdüreceği doğrudur. Bununla birlikte, normlar hiyerarşisi teorisinin de bize söylediği gibi aykırılığın geçersizlikle sonuçlanmaması hiyerarşik ilişkinin yokluğunu göstermeye yetmez. Ahlak normlarının hukuk normlarının nasıl olması gerektiğini belirleyebileceğini hukuki pozitivistler de kabul ettiğine göre, ahlak normlarının hukuk normlarından hiyerarşik olarak üstün olduğu sonucuna mı varmalıyız?

Peki ama hukuk sistemi ahlak normları açısından benzer bir tespitte bulunamaz mı? En nihayetinde hukukun değeri konusunda söz sahibi olan yalnızca ahlak değildir. Sağladığı bireysel veya toplumsal fayda dolayısıyla da bir hukuk normu "değerli" veya "değersiz" olabilir. Uzun lafın kısası, belli bir nesnenin (hukuk normu) değeri hakkında farklı normatif sistemlere göre yapılacak değerlendirme farklı sonuçlar verebilir. Bu anlamda bir hukuk normunun "*D* durumunda ahlaken doğru olan φ eylemi değil ψ eylemi gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde, *y* yaptırımı uygulanacaktır" içeriğine sahip olduğu bir durumda hukuk sisteminin perspektifinden ilgili ahlaki norm hakkında bir olması gerekene hükmedildiğini söyleyemez miyiz? Netice itibariyle "gayriahlaki hukuk" nasıl kavramsal olarak mümkünse "gayrihukuki ahlak" da mümkündür. Hukukun ahlaken iyi olması gerekliliği nasıl ahlak normlarına dayanılarak temellendiriliyorsa, kişilerin ahlaka değil hukuka uygun davranması gerektiği de hukuk normlarından yola çıkılarak temellendirilebilir. Bu temellendirmeler sistem içi değer tespitlerine işaret eder. Birbirlerine dokunmayan normatif sistemler arasında hiyerarşik ilişki olduğu anlamına gelmez.

Belki ahlak dışı normatif sistemlerden verilecek bir örnek bu sonucu daha net görmemizi sağlayabilir. Varsayalım ki bir toplumun gelenekleri (örf ve adet) toplumun sosyal devlet ilkesiyle uyum içinde yönetilmesini gerektiriyor: Toplumun siyasi örgütlenmesinde çok uzun seneler boyunca en dezavantajlı üyelerin korunması ve belli bir refah seviyesine ulaştırılması temel prensip olarak görülmüş. Kaldı ki toplumda yaygın olarak bu örgütlenmenin "uygun", "doğru" ve/veya "gerekli" olduğuna ilişkin bir kanı da mevcut olmuş. Bu vesileyle ortaya çıkarılan toplumsal

ahlak normu sosyal devlet ilkesini benimsemeyen hukuk sisteminin anayasasından üstün olarak görülmez. En nihayetinde hukukun niçin örf ve adete uygun olması gereksin ki? Dikkatli olmak lazım: Hukukun örf ve adete uygun olmasının çeşitli yararları ve getirileri olabilir, tıpkı ahlaki normlara uygun hukukun değerinin olması gibi… Bununla birlikte, salt örfi gerekliliğin varlığı iki sistem arasındaki hiyerarşinin varlığını göstermez. Ya hukuk sisteminin varlığını örfi (veya ahlaki) normlara borçlu olduğu tartışma götürmez şekilde ortaya konmalıdır ya da hem örfi hem de hukuki sistemin tartışmasız biçimde hiyerarşik üstü olan bir normatif kaynağın hukukun örfi gereklere uygun olması gerektiğini öngörmesi gerekir. Söz konusu ideal ahlak ve hukuk olduğunda hukuki normatif sistemin varlığını ahlaka başvurmaksızın açıklamak mümkün olduğu gibi, her ikisinin de normatif üstü olduğu tartışmasız bir kaynak hukukun ahlaka uygunluk gereğini de ortaya koymamaktadır.

Hukukun ahlaken iyi olması *gerekir*. Hukukun toplumsal fayda sağlaması da *gerekir*. Bu alanlardan herhangi birindeki eksiklik *o alan açısından* hukukun olması gerektiği kadar iyi olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle her ikisi de hukukun değerlendirilmesi için kriter olarak kullanılabilir. Hukuki pozitivizmin iddiası ise her iki alanın da hukukun varlığı için zorunlu kriterler sunmaktan uzak olduğudur. "Keskin olmak", "kabzasında işlemeler bulundurmak", "ucuz olmak"… Bunlar bir bıçak için gerçek gerekliliklerdir. Ancak, "kör", "işlemesiz" ve "pahalı" sıfatlarından her birinin bıçağı nitelendirmesi mümkündür. Ne "kör bıçak" ne de "pahalı bıçak" bıçağın aslında bıçak olmadığı anlamına gelir. İşte, ahlak ve basiret hukuk açısından keskinliğin ve hesaplılığın ölçüsünü belirleyen normlara benzetilebilir. Ahlak ve basiretin bu tür kriterler içerdiğini kabul etmek ise hukuki pozitivizmin minimum teziyle çelişki arz etmez.

***

Şu kulağa tuhaf geliyor olabilir: Bir hukuk normunun var olabilmesi için ne ahlaka ne de basirete mutlak suretle uygun olması gerektiğini söyledim. Bununla birlikte, her hukuk normunun ya ahlak ya da basiret ile pozitif bir ilişki içinde olması gerektiğini vurguladım: Bir irade açıklamasının hukuk normu olabilmesi için söz konusu açıklamanın yine aynı sistemdeki bir başka hukuk normu tarafından öngörülen şekilde yapılması yeterli değildir. Sistemsel kriterler normatif niteliği garanti edemezler. Bu durumda normatif niteliğin garantisinin hukuka dışsal ahlaki veya basiret kaynaklarından sağlanması kaçınılmazdır. Sistemsel kriterlere uygunluğa ek olarak muhataplarının (en azından muhatap kitlesine dahil olan bir gerçek kişinin) söz konusu irade açıklamasına uygun davranmak için ahlaki veya basiret kaynaklı bir eylem sebebi olması gerekir. Bu şarta "minimum normatiflik şartı" ismini verelim.

Minimum normatiflik şartına ilişkin en önemli hususlardan biri bu şartın yalnızca hukuk normunun içeriği ile ahlaki veya basiret kaynaklı ilkenin içeriği arasındaki bir uyuşma neticesinde sağlanmayacağıdır. Bunu görmek için Joseph Raz'ın otorite ve dışlayıcı eylem sebepleri hakkındaki fikirlerine kısaca bir göz atmak yeterli olacaktır. Raz normal gerekçelendirme tezi (*normal justification thesis*) ve bağımlılık tezinin (*dependence thesis*) gereğini yerine getiren fiili otoritelerin meşru otorite olacağını belirtir. Meşru otoritenin direktifleri ise özel bir normatif güce sahiptir. Bu direktifler bir yandan muhatabına direktife uymak yönünde bir birinci düzey eylem sebebi sağlarken, diğer yandan aksi yöndeki eylem sebeplerine dayanarak hareket etmemeleri için ikinci düzey bir eylem sebebi, yani bir dışlayıcı eylem sebebi sağlar. Bu gibi durumlarda direktifin normatif gücü içeriğinin ahlaki doğruluğundan kaynaklanmaz. Raz'ın belirttiği gibi, meşru otorite içeriği ahlaken hatalı bir direktif çıkarmış olsa dahi söz konusu direktif muhatabı açısından belirtilen normatif etkiyi yaratacaktır. Bunun nedeni, normal gerekçelendirme tezi doğrultusunda meşru otoritenin ahlaki doğruyu muhataptan daha iyi tespit edebilecek konumda olmasıdır. Dolayısıyla, muhatabın otoritenin direktifine (hatalı olmasına rağmen) kendi pratik değerlendirmelerinde dışlayıcı normatif güç atfetmesi doğru olacaktır. Sonuç olarak, minimum normatiflik şartından yola çıkılarak hukuk normlarının *ya* ahlaki *ya da* basiret kaynaklı ilkelere uygun olması gerektiği iddia edilemez. Hukuk normu hem ahlaka aykırı hem de basiretsiz olsa dahi *belli durumlarda* normatif güce sahip olabilir. Yani, belli durumlarda muhatapları içeriği ahlaken ve basiret bakımından hatalı hukuk normlarına uymak için de eylem sebebine sahip olabilir. Sonuç itibariyle, minimum normatiflik şartı dikkate alındığında dahi bir hukuk normunun var olabilmesi için içeriğinin ahlaki veya basiret kaynaklı bir ilkeyle uyumlu olması icap etmez. Hukuk normuna uymak için sahip olunan eylem sebebi, hukuk normunun içeriğinden farklı bir kaynağa sahip olabilir. Meşru otoritenin direktifine uymak yönündeki sebebimiz ahlaki bir norma uygun içeriğe sahip olduğu için değil, içeriğinden bağımsız olarak "meşru otorite" tarafından ihdas edildiği için mevcuttur. Benzer şekilde, bir normun içeriği muhatabının menfaatlerine aykırı olsa, yani bu normun içeriği bir basiret normuyla çelişse dahi, muhatabın norma uymak için yaptırım kaynaklı bir sebebi olabilir. Bu basiret kaynaklı eylem sebebi ise normun içeriğinin bir basiret normuna uygunluğundan değil, başka bir normun yaptırımı öngörmüş olmasından kaynaklanır.

## Sonuç

Normlar hiyerarşisi hukuk fakültesine yeni girmiş öğrenciler dahil, hukukla ilgili hemen hemen herkesin bildiği bir kavram olmasına rağmen, tam olarak anlaşılabilmiş olduğunu söylemek zordur. Normlar hiyerarşisinin bir karikatür, hukukun pratikte işleyişine etki etmeyen bir manzara resmi olduğu düşüncesi ardındaki teorinin yeterince detaylı biçimde incelenmemesine neden olmuş olabilir. Ancak şu kadarının açık olduğunu söylemek gerek: Hukukun doğasına ilişkin fikirlerimiz mutlak

suretle hukuk sisteminin günlük işleyişinde karşımıza çıkan sorunların çözümüne etki eder. Gördüğümüz gibi, normlar hiyerarşisi de hukukun doğasına ilişkin temel fikirlerimizle ilgili, basit bir hukuk sistemi fotoğrafının ötesinde bir kavramdır.

Açıklanan sebeple normlar hiyerarşisinin her alandan hukukçuyu ilgilendirdiği kanısındayım. Durum bu olunca, çalışmada amaçlananlardan bir tanesi normlar hiyerarşisinin anlamı ve tespitine dair yaygın olarak bilinen beylik cümlelerin ötesinde bazı teorik detaylara değinmek oldu. Bundaki amaç yalnızca makalenin genel hedefinden bağımsız olarak normlar hiyerarşisi hakkındaki yaygın yanlışları düzeltmek değil, aynı zamanda ikinci bölümde ele alınacak ve hukukun doğası hakkında önem arz eden bir sorunun çözümüne katkı sağlamaktı.

İlk bölümde normlar hiyerarşisine ilişkin dört önemli hususu vurguladık. Öncelikle, normlar hiyerarşisinin varlığı için iki norm arasındaki ilişkiyi incelerken normların belli bir andaki içeriklerini değil, bir zaman kesitindeki normatif güç potansiyellerini dikkate almak gerekir. Yani, belli bir anda bir norm diğerinin içeriğini veya yapılış usulünü belirlemiyorsa dahi başka bir anda bunu yapabilecek güce sahipse, iki norm arasında hiyerarşi olduğuna karar verilmelidir. İkinci olarak, normlar hiyerarşisinin salt iki normun içeriğinden yola çıkarak belirlenemez. İki normun normatif gücünden hareketle bu tespitte bulunmak gerektir. Bu anlamda, Hart ve onu takip edenler tarafından yöneltilen, Kelsen'in normatif hiyerarşiyi ve hukuk sistemlerinin birliğini tamamen normların içeriğinden hareketle tespit ettiği yönündeki eleştiri yersizdir. Üçüncü olarak hiyerarşinin varlığı için elzem olanın bir normun diğerine uygun biçimde veya uygun içerikle çıkarılma *gerekliliği* olduğunu vurguladım. Bu vurgunun önemi normatif hiyerarşinin "aykırılık durumunda geçersizlik yaptırımına tabi kılınma gerekliliği"ne indirgenmesinin önüne geçmesinden kaynaklanır. Elbette, aykırılık durumunda iptal ve benzeri yöntemlerle geçersiz kılınma gerekliliğinin doğması normatif hiyerarşinin varlığını gösterir. Ancak, geçersiz kılınma gerekliliğinin yokluğu hiyerarşinin yokluğuna işaret etmez. Son olarak, hiyerarşinin hukuk kaynakları arasında değil, normlar arasında olduğunu vurguladım. Madde, paragraf, bent vb. şekillerde karşımıza çıkan mevzuat parçaları bir norm içerebileceği gibi tek bir norm birden fazla mevzuat parçası tarafından da ortaya çıkarılabilir. Unsurları birden fazla mevzuat parçası tarafından belirlenen normlar arasında gereklilik unsurunun hangi mevzuat parçası tarafından belirlendiğini tespit etmek ve normlar arasındaki hiyerarşiyi buna göre tespit etmek gerekir.

İkinci bölüm normlar hiyerarşisi üzerinden, hem de tam olarak ilk bölümde vurgulanan bazı hususlara dayanarak, hukuki pozitivizmin temel dayanağına saldırmaya kalkabilecek doğal hukukçu teorilerin önünü keser. Bu bölümde hukuki pozitivizmin minimum şartı olarak belirlenen şart daha önce "Normativite ve Pozitivizm"de ele alınmıştır. Bu şartın hukuki pozitivistler tarafından yeterli

görülmeyeceğini öngörmek, bugüne kadar toplumsal olgu tezi, kaynak tezi ve ayrılabilirlik tezi hakkında yazılanlar dikkate alındığında zor değildir. Yine de gördüğü destekten bağımsız olarak doğru olduğuna inanılan fikirle yola çıkmak gerekir.

"Minimum normatiflik şartı" dolayısıyla ahlak ve hukuk arasında bir hiyerarşi tespit edilip edilemeyeceği ilk bölümde ele alınan tartışmalar da göz önünde tutularak ele alınmalıdır. Eğer minimum normatiflik şartının ahlak ve hukuk arasında bir hiyerarşi kurduğu ortaya konabilirse ayrılabilirlik tezi yanlışlanmış olacaktır. Nitekim ahlak ve hukuk arasındaki hiyerarşik ilişki bulunması ortada iki ayrı normatif sistem olmadığı anlamına gelecek ve hukuk kurallarının geçerliliği zorunlu olarak en azından bazı ahlaki ilkelere bağlı olacaktır. İşte, normatif hiyerarşinin çok dile getirilmeyen bir niteliği de yalnızca tek bir normatif sistem içinde söz konusu olabilmesidir. Farklı normatif sistemler arasındaki hiyerarşik ilişkiden bahsetmek anlamsızdır.

Minimum normatiflik şartı ahlak ve hukuk arasında hiyerarşi bulunduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, minimum normatiflik şartının doğruluğu ayrılabilirlik tezinin yanlış kılmaz. Her ikisini de birlikte benimsemek mümkündür. Ancak, hukuki pozitivizmin tezini yanlışlanmaktan kurtaran ahlak ve basiretin farklı normatif sistemler olarak ele alınmasıdır. Bir şekilde basiret kaynaklı gereklilikler ahlaki gerekliliklere indirgenebilirse, hukuki pozitivizmin minimum tezi minimum normatiflik şartıyla bağdaşmaz hâle gelir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.
**Çıkar Çatışması:** Yazarl çıkar çatışması bildirmemiştir.
**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
**Teşekkür:** Makaleye düzeltme, görüş ve önerileriyle katkıda bulunan Dr. Öğr. Üyesi Salih Taşdöğen (Bursa Uludağ Üniversitesi) ve Ar. Gör. Melih Furkan Çiçekci'ye (Bursa Uludağ Üniversitesi) teşekkürlerimi sunarım. Bunun dışında iki anonim hakemin görüşleri de makaledeki eksiklerin giderilmesinde yardımcı oldu. Kendilerine müteşekkirim.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.
**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.
**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.
**Acknowledgement:** I would like to thank Asst. Prof. Dr. Salih Taşdöğen (Bursa Uludağ University) ve Res. Asst. Melih Furkan Çiçekci'ye (Bursa Uludağ University) for contributing to the article with corrections, comments and suggestions. In addition, the opinions of two anonymous referees were helpful in eliminating the deficiencies in the article. I am grateful to them.

## Bibliyografya/Bibliography

Audi R, *Practical Reason and Ethical Decision* (Routledge 2006).

Austin J, *The Province of Jurisprudence Determined* (CUP 2001).

Bentham J, *Of Laws in General* (University of London The Athlone Press 1970).

Bulygin E, 'Norms, Normative Propositions and Legal Statements', iç Carlos Bernal, Pablo E Navarro ve Stanley L Paulson (editörler), *Essays in Legal Philosophy* (OUP 2015).

Coleman J L, 'Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence' (2007) 27(4) OJLS 581-608.

Cook R T, *A Dictionary of Philosophical Logic* (Edinburgh University Press 2009).

Copp D, 'Moral Skepticism' (1991) 62(3) Philosophical Studies 203-233.

Gardner J, '5 ½ Myths' (2001) 46(1) Am.J.Juris. 199-228.

Gert B ve Gert J, 'The Definition of Morality' iç Edward N Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/morality-definition/, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2024.

Gözler K, *Hukuka Giriş* (19. Baskı, Ekin 2022).

Green L, 'Custom and Convention at the Foundation of Law' iç Leslie Green, *The Germ of Justice* (OUP 2023).

Green L ve Adams T, 'Legal Positivism', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Kış 2019) https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/ 7 November 2023).

Gregory A, 'Normative Reasons as Good Bases' (2016) 173 Philos Stud 2291-2310.

Gülgeç Y B, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü* (2. Baskı, On İki Levha 2018).

-- 'Presidential Decrees and their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance' (2018) 30(2) European Review of Public Law 369-415.

-- *Normativite ve Pozitivizm* (On İki Levha 2020).

-- 'Özne, Hukuk ve Hak' (2024) 28(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429-454.

-- 'In Defence of Systemic Validity: Extra Systemic and Unconstitutional Norms' (2022) 13(1) Jurisprudence 1-25.

Hart H L A, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71(4) Harv.L.Rev. 593-629.

-- 'Kelsen's Doctrine of the Unity of the Law' iç H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press 1983).

-- *The Concept of Law*, (3. Baskı, OUP 2012).

Himma K E, 'The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation' (2000) 6(1) Ratio Juris 1-43.

-- 'Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation' (2012) 9(2) Ankara Law Review 109-134.

Karahanoğulları O, 'İngiliz Hukukunda İkincil Yasama' (1995) 52(3-4) AÜSBF Dergisi 387.

Kelsen H, *General Theory of Law and State* (3. Baskı, Harvard University Press 1949).

-- *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange 2008).

Kramer M H, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings* (OUP 2003).

Moreso J J, 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' [2001] (1) Dritto & Questioni 99-117.

Pino G, 'Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals' (2014) 27(2) Ratio Juris 190-217.

Raz J, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (OUP 1979).

-- *The Morality of Freedom* (Clarendon, 1988).

-- *Practical Reason and Norms* (OUP 1999).

Ross A, 'Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law', iç Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson (editörler), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Clarendon 1998).

Selçuk S, 'Anayasa Yargısı Üzerine' [1991] (2) TBB 266-277.

Shecaira F P, 'Sources of Law Are not Legal Norms' (2014) 28(1) Ratio Juris 15-30.

Wiederin E, 'Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkls' iç Stefan Griller ve Heinz Peter Rill (editörler), *Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung* (Springer 2011).